جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق - سعيد حمدين-

أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد

رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص

تخصص القانون المدني

إعداد الطالب: صديق شياط

بإشراف الأستاذ الدكتور: موالك بختة

لجنة المناقشة

أ.د.محمدي سليمان..رئيسا

أ.د. موالك بختة..مقررا و عضوا

أ.د.بن الشويخ رشيد..عضوا

أ.د. بوبكر مصطفى..عضوا

د. نساخ فاطمة..عضوا

د. حسيني عزيزة..عضوا

السنة الجامعية 2017-2018

مقدمة:

يمثل العقد الإطار العام الذي يبرز إرادة الطرفين المتعاقدين، فتتحدد بموجبه ملامح وشروط العقد المراد إبرامه، كما تتحدد أيضا نوعية وماهية هذا العقد، وعناصره المتفق عليها بين الطرفين، وإلى جانب ذلك يحدد العقد ما ينبغي تحقيقه من آثار والتي تتجه الإرادة إلى تحقيقها.

ونظرا لكون إرادة الطرفين المتعاقدين يطبعها عادة التضارب في المصالح، وكذا اللاتكافؤ الذي ينجم عن وضعية الأطراف، من حيث عدم التناسب في محتوى الأداءات التي ينشؤها العقد، وكذا التفاوت في المراكز القانونية والواقعية[1]، فإن هذا سينجم عنه لا محالة، تفاوت في هذه المراكز التي ينشؤها العقد، والذي يجعل من دراستها عملية جد معقدة، بالنظر إلى تنوع العقود، وتضارب مصالح الأطراف المتعاقدة، وتدخل المشرع من جهة في تنظيم الكثير من العقود لاعتبارات متعددة، وكذا تدخل القاضي لتعديل بنود العقد من جهة أخرى[2].

وبالنظر إلى كون العقد شيئا ملازما للحياة اليومية لكل شخص، باعتباره ينظم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد بقصد إشباع احتياجاتهم المتجددة من السلع والخدمات، لذلك فهو يعد من أهم الوسائل التي ابتكرها الفكر القانوني الحديث لتنظيم هذه العلاقات بمختلف أشكالها وأنواعها، وهي علاقات تنشأ بين الأفراد فيما بينهم من جهة، وبين الأفراد والمؤسسات الخاصة والعامة من جهة أخرى.

---

[1]- Denis Berthian, le principe d'égalité et le droit civil des contrats, thèse, université panthéon assas, volume 1, p671.

[2]– درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013– 2014، ص.10 وما بعدها.

ونظرا لأهمية هذه الوسيلة، كان لا بد من وضع إطار عام من طرف المشرع، يتم من خلاله إفراغ هذه التصرفات التي تتم بين مختلف هذه الفئات في إطار من النصوص القانونية والتشريعية، وهذا من أجل بعث الثقة وتحقيق الاستقرار والائتمان في المعاملات.

وباعتبار العقد الوسيلة المثلى لتحقيق المبادلات من أجل إشباع الاحتياجات المتجددة من السلع والخدمات، فقد أصبح يلعب دورا رائدا سواء في القانون الداخلي أو في القانون الدولي، ومن ثم أصبحت العقود الوطنية والعقود الدولية أداة لتسيير التجارة ووسيلة للمبادلات الاقتصادية سواء فيما بين الأفراد أو فيما بين الدول.

وبحكم تعقد الحياة ومتطلباتها ومجالاتها، فقد أصبحت العقود أداة للتبادل التجاري، ووسيلة للمبادلات الاقتصادية عبر الحدود، والتي لا غنى عنها في كل زمان ومكان، كما أنه، وبحكم التطور الملاحظ الذي بلغته الحياة الاقتصادية بمختلف أنواعها، فإن هذه العقود تطورت هي الأخرى، فظهرت عقود جديدة لم يكن لها وجود في السابق لها وزنها الاقتصادي، وباتت تؤثر بعمق في البناء القانوني، كعقود القرض الدولية وعقود النقل، وعقود الأشغال والتجهيز والتوريد، وعقود الاستثمار والصناعة والاستشارات الفنية والعقود النموذجية إلخ...

وبالنظر إلى التطور الاقتصادي الحديث في الأسلوب المنتهج في الإنتاج بكميات ضخمة من المنتوجات، فإنه قد صاحب ذلك قيام شركات ضخمة، ومؤسسات كبيرة، تتمتع بالشخصية المعنوية وباحتكار قانوني وفعلي لسلعة ما أو خدمة، فأدى ذلك إلى حدوث تفاوت كبير بين هذه الشركات والمتعاملين معها، وبفضل ذلك استطاعت، وكنتيجة لسلطتها الاحتكارية، أن تملي شروطها المعدة سلفا على الأفراد الذين يرغبون في التعامل معها، دون أن يملكوا حق مناقشة هذه الشروط، بحكم حاجتهم الماسة إلى المنتوجات والخدمات التي تقدمها لهم.

وعليه فإنهم إذا أرادوا التعاقد مع الطرف المحتكر لهذه السلع والخدمات، فليس لهم سوى الإذعان للشروط المفروضة عليهم جملة وتفصيلا، ولقد أدى هذا الوضع إلى زيادة الهوة بين الطرفين مما نجم عنه زيادة اختلال التوازن العقدي بل وانعدام الحرية التعاقدية.

ولقد حملت هذه الأوضاع المذهب الليبرالي، بما كان يحمله من إيديولوجيات فلسفية واجتماعية خلال القرن التاسع عشر، إلى القول، بأن كل ما هو تعاقدي يكون عادلا، لأن مصدره هو الإرادة الحرة للإنسان، وعليه فمن التراضي يستمد العقد قوته الملزمة.

غير أن الادعاء بأن الفرد هو خير من يقدر مصالح نفسه، وبأنه هو خير من يرعى هذه المصالح، هو قول لا يتفق مع الواقع، فكم من ظلم أو تعسف نشأ بالعقد، ارتكب باسم الحرية التعاقدية، ونجم عنه صورا لا تحصى من الغبن، اعتبرت بحق بأنها صورة لاستغلال الغير تحت ستار العقد.

إن عبارة "سلطان الإرادة" كمصطلح لم يتم تداوله بين فقهاء القانون إلا في أواخر القرن 19، ولقد كان الفقيه لوران أول من سبق إلى بلورة فكرة سلطان الإرادة بالمفهوم الذي استقر عليه الأمر في الوقت الحاضر، إلا أن الفقيه بروشير هو الذي جمع بين لفظي "سلطان" و"الإرادة" معا في مصطلح واحد في مؤلفه حول القانون الدولي الخاص المنشور سنة 1883[1].

ورغم الاعتراف بأن مبدأ سلطان الإرادة هو من المبادئ التي يقوم عليها النظام التعاقدي في مجمله، إلا أن إعماله يجب ألا يكون بمعزل عن مقتضيات التضامن الاجتماعي والعدالة والمصلحة العامة والنظام العام، وإلا كان هو عين الظلم والإجحاف.

---

[1]– Ranouil (Véronique) : L’autonomie de la volonté : naissance et évolution d’un concept, thèse, Paris, P.P.45 et 47, 146– 150.

– محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب،1983، ص.4.

وأمام عجز نظرية عيوب الرضا عن حماية الطرف الضعيف، واتساع دائرة التنافر في المصالح بين الأطراف المتعاقدة والمعقدة أصلا، برزت فكرة وجوب إصلاح النظام القانوني للعقد قصد توجيه العقد، سواء عند إبرامه أو عند تنفيذه، بإخضاعه إلى جملة من الضوابط والقيود القانونية، بغية حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، تكون ملزمة قصد بسط مزيد من الثقة والأمانة والتعاون بين أطراف هذه العلاقة، بما يحقق التوازن في المصالح والثقة في المعاملات.

وعليه فالقانون، وباعتباره مرآة للمجتمع، يجب أن يساير التطورات، وأن يستحدث من القواعد القانونية ما يتماشى مع المبادئ والأهداف التي أصبحت جزءا من الواقع الذي نعيشه.

فالعقد، وإن كان لا يزال يخضع في الأصل إلى مبدأ سلطان الإرادة في إنشائه، وفي ترتيب آثاره، (المادتان 59 و106 مدني)[1]، إلا أن المبدأ لم يبق على إطلاقه وإنما أصبح تتجاذبه نظريتان:

الأولى: ذلك المفهوم التقليدي له، والذي يعتبره كالقانون لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين.

والثانية: هذا التوجه الحديث للمشرع، الذي أصبح يتدخل شيئا فشيئا في كل عقد مهما كان نوعه، ومهما كانت صفة أطرافه، بحيث يكاد يصبح تكوين العقد مركزا قانونيا منظما réglementée تكاد الإرادة الشخصية للمتعاقدين أن تختفي فيه تدريجيا، فأصبح

[1]– تنص المادة 59 مدني "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وتنص المادة 106 مدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقدوا مع الشخص الذي يريدونه بكل حرية، ولا بالشروط التي يرتضونها[1].

ولم يقتصر تدخل المشرع على مرحلة تكوين العقد فحسب، ولكن امتد أيضا إلى مختلف مراحله، كمرحلة التنفيذ، ومرحلة الانقضاء، أو الإنهاء أيضا.

وأمام هذا التدخل المتزايد للسلطة العامة وللمشرع أيضا في المجال التعاقدي، لم يصبح هذا المبدأ في صيغته التقليدية متناسبا مع ظروف المجتمع الذي نعيشه، لكن هذا لا يعني أن المبدأ قد زال أو اندثر، بل ورغم ذلك، لا زال يشغل حيزا هاما في النظام القانوني، وفي المجال التعاقدي على وجه الخصوص.

إن تطور المجتمع في العصر الحديث، وبحكم المستجدات والمفاهيم الجديدة التي طرأت، أصبح يفرض تعديلات عميقة على القواعد القانونية القائمة، من بينها مضمون المادة 106 مدني، والتي تنص "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". وهي تقابل المادة 1134[2]من القانون المدني الفرنسي، والمادة 147 ف.1 من القانون المدني المصري.

فالمبدأ الذي أوردته هذه المادة، وبعد مرور أكثر من قرنين من الزمن منذ صدوره في القانون المدني الفرنسي، أصبح في حاجة ماسة إلى المراجعة بما يحقق الأهداف المرجوة، والتي جاءت استجابة للمتطلبات الحديثة، وحماية للأطراف المتعاقدة ذاتها، وللمجتمع ككل كما سنرى ذلك في حينه من خلال هذه الدراسة.

---

[1]– KULLMANN (J), ‘’L’influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé’’. Th. Paris 1, 1987. DRAPIER (S), ‘’Réflexion sur la légitimité des lois de validation en matière contractuelle’’, PA, 9 Février 2001, no 29, p 4.

[2]– "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.Elles doivent être exécutées de bonne foi".

إلا أنه ورغم هذا التدخل من طرف المشرع من حين لآخر في مختلف العقود، خصوصا المسماة منها، وكذا تنامي تدخل الدولة، إلا أن المبدأ لا زال يحتفظ بقوته ومتانته في النظام القانوني[1]، وهذا رغم الانتقادات والاعتداءات الواردة عليه، غير أن الإرادة لم تصبح ذلك المفهوم المطلق الذي لا يجوز المساس به، فحرية الإنسان حرة في حدود القانون، وقدرتها على اختيار قانون العقد مستمدة من إرادة المشرع ذاته، بحكم تنامي تدخل الدولة في مجال النشاط الاجتماعي والاقتصادي.

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا مهما في المرحلة الاتفاقية يكاد يكون حاسما، إلا أن المبدأ يكاد يفقد دوره وبريقه في المرحلة اللاحقة، حيث يصبح تدخل المشرع في توجيه العقد وتنظيمه وتقنينه وفق شروط قانونية هو الجزء الغالب في العقد.

فإذا حلت مرحلة تنفيذ العقد، زادت القيود القانونية التي يفقد فيها المبدأ الكثير من سطوته، فتبرز ملامح تدخل المشرع في توجيه العقد، بل ويتسع المجال أمام سلطة القضاء أيضا لكبح جماح هذا المبدأ بما يكفل الحماية الضرورية للطرف الضعيف، ويكون ذلك بمحاربة الشروط التعسفية المفروضة في العقد، لما يتمتع به القاضي من سلطة التفسير والتأويل وإعادة النظر في القوة الملزمة للعقد، فيزول الإجحاف الذي يكون قد لحق بأحد أطراف العلاقة العقدية.

فالعقد اليوم أصبح يؤدي وظيفة اجتماعية لا تمس الدائن والمدين فحسب، ولكن تهم المجتمع بأكمله، مما يستوجب تدخل كل من المشرع والقاضي من أجل تحقيق سياسة اقتصادية واجتماعية وفرض مبادئ وقواعد آمرة في مجال العقود تعبر بحق عن المصلحة

---

[1]– وفي ذلك ترى محمدي فريدة أنه "لا يمكن للتطور القانوني مهما وصلت ذروته إلغاء دور الإرادة تماما في التعاقد"، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر، 1992، ص.1، وفي نفس المعنى يرى أبو جعفر عمر المنصوري أنه ورغم الضعف الذي تعرض له مبدأ سلطان الإرادة إلا أنه انتعش من جديد بالرغم من كل مساوئه، كما لا يمكن الاستغناء عنه وحتى في الدول التي بلغ فيها التخطيط الاقتصادي مداه الكامل، أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، طرابلس، ليبيا، بدون تاريخ نشر، ص. ص 58، 59.

العامة، مقلصا في ذلك من الحرية التعاقدية ومراقبا للمراحل التي يمر بها العقد ابتداءا من إبرامه إلى حين تنفيذه، حتى أصبح هذا التدخل هو ما يميز العلاقة العقدية بين الطرفين المتعاقدين، وليس الحرية التعاقدية ذاتها[1].

ولعل ما أدى بالمشرع من ورائه القاضي إلى الوصول إلى هذه الدرجة من التدخل الذي نشهده اليوم في مجال الروابط العقدية، هو العدد الرهيب من العقود التي تتم يوميا، وكذا بروز صيغ جديدة للتعاقد لم تكن موجودة من قبل، وظهور أنواع حديثة من العقود، كالعقود الجماعية، والعقود النموذجية، ومنها عقود الإذعان، والتي تتصف بالتفاوت الملحوظ في المستوى المادي أو الدراية لأطراف العقد، فيختل التوازن العقدي، ومنها تضمين الكثير من العقود شروطا مجحفة قد يقبلها أحد المتعاقدين بدون علم أو بعلم ولكن على مضض.

فهل نتقيد اليوم بالمفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة بما يحمل من مبادئ، كحرية التعاقد، وكالقوة الملزمة للعقد؟ أم نتقيد بالمفهوم الحديث للعقد كوسيلة للوصول إلى رضا مستنير و واع وصادر عن إرادة حقيقية و متوازنة؟

الظاهر أن التدخل التشريعي في العصر الحديث أصبح يحد من الحرية المطلقة للإرادة وسلطانها اللامحدود في إبرام العقد وكذا في تحديد مضمونه، وما ورد فيه من شروط كما في عيوب الرضا، وكما في عقد الإذعان، أو في عقد العمل، أو في عقد الاستهلاك أو في غيرها من العقود، كما لم تعد للإرادة الحرية المطلقة في تعديل العقد أو في إنهائه، بل وظهرت عقود هي على غير إرادة المتعاقدين، ودور الإرادة فيها أصبح يقتصر على عنصر الارتباط مع الغير فحسب، بينما يتولى القانون تحديد محتوى وسبب هذا الارتباط، حتى أن العقد لم يعد مقصورا على الإرادة الفردية فحسب، بل تدخلت فيه الإرادة العامة للدولة[2].

---

[1]- « le droit est dominé par une conception pour réaliste des faits », Henry Deguillem, la socialisation du contrat, étude sociologie juridique, thèse, université de paris, 1944, p 46.

[2]– حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010– 2011، ص.2.

ومن أمثلة ذلك، الالتزام بالإعلام، والالتزام بالسلامة، وعقود العمل، وعقود الاستهلاك، وعقد التأمين، والعقود النموذجية إلخ..

وأحيانا قد يصبح الاهتمام ببعض الفئات الخاصة هو الهدف من العقد، كالاتفاقيات الجماعية للعمل، وكالعقود التي تمس تشغيل فئة النساء أو الأطفال أو تمس الأجانب، أو تتعلق بالحد الأدنى لساعات العمل أو الحد الأدنى للأجر[1].

ولقد استلزم الوصول إلى هذه النتائج أن مر المبدأ بعدة مراحل، حيث تميزت المرحلة الأولى لظهوره بسمو الإرادة على القانون، وقد نجم عنه ظلم تعاقدي باسم الحرية التعاقدية المطلقة، فأدى ذلك إلى سيطرة الجانب القوي في العلاقة العقدية على الجانب الضعيف، فنجم عنه الغبن، وتفشت الأساليب غير المشروعة في ظل غياب الخبرة والمعرفة الكافية لدى الطرف الضعيف، وقد تبنت المبدأ في بداية ظهوره النظرية الكلاسيكية التي وجدت لإيجاد التناسب بين أطراف العلاقة العقدية وإقامة التوازن العقدي، لكن نظرتها كانت مادية أكثر منها موضوعية نتيجة إطلاقها العنان للإرادة إعمالا للمبدأ الذي كان ينادي بفكرة "دعه يعمل دعه يتعاقد"، فكانت النتيجة قصورها في تحقيق التوازن المنشود بين الطرفين المتعاقدين، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور نظرية حديثة استدعت تدخل الدولة لتوجيه العقد ومحاربة التفاوت بين ما يقدمه المتعاقد وما يأخذه، وذلك عن طريق استحداث مبادئ وقيود وتقنيات من شأنها إحداث التوازن المنشود، مثل إعطاء مهلة للتفكير، وحق المتعاقد في الإعلام قبل التعاقد، ومنع الشروط التعسفية وغيرها من المبادئ التي أصبحت تطبع العلاقة العقدية، بل وأصبحت تمثل قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها كما سنرى لاحقا.

لقد أعطت مختلف القوانين الحديثة أهمية بالغة لهذه المبادئ، فأصبحت تحتل مكانة كبيرة في تقنيناتها، وقد أولاها المشرع الجزائري عناية فائقة من خلال اعتبار الكثير من

---

[1]– أحمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، مطبوعة خاصة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014– 2015، ص.50 فما بعد.

النصوص التي تنظمها قواعد آمرة، وهو مسلك يدل على ما للعقد من أهمية بالغة في نظره لا يمكن تجاهله أمام مختلف المشاكل التي تواجه المتعاقدين في مختلف المجالات.

فإلى أي حد سيكون التدخل التشريعي للحد من حرية الإرادة وسلطانها المطلق في إبرام العقود وتنفيذها؟ وما هو الدور الذي يمكن أن تلعبه القواعد الموضوعية التي جاء بها المشرع من أجل معالجة ظاهرة الاختلال التعاقدي؟

إنه تساؤل يبرز لنا مدى تدخل الدولة لفرض النظام العام الاقتصادي التوجيهي، وكذا النظام العام الاجتماعي الحمائي.

ولا يقتصر الأمر على التدخل التشريعي فحسب، بل يقودنا أيضا إلى التساؤل حول دور القضاء في مجابهة ظاهرة عدم التوازن العقدي هذه، وهذا من خلال إبراز دور القضاء، والاجتهاد القضائي في المسألة.

وعليه فإن هذه الدراسة، والتي هي بعنوان "أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد" ستجيبنا بلا شك عن بعض التساؤلات التي يمكن أن يطرحها موضوع كهذا، وسنبين من خلالها بداية ماهية المبدأ وكيفية ظهوره[1]، والأسباب التي دفعت إلى اعتناقه في المعاملات وتقنينه في القانون المدني الفرنسي سنة 1804، والمبادئ الجوهرية للمبدأ والنتائج المترتبة عنه ومدى نجاعته، والحجم الذي لا زال يحتفظ به هذا المبدأ في الوقت الحاضر في القانون المدني الجزائري، أو في غيره من القوانين الأخرى، وسبب انحساره إلى ما هو عليه حاليا، وكذا المساوئ الاجتماعية والاقتصادية التي دفعت بالمشرع إلى الحد من المبدأ؟ و إلى أي مدى أصبح هذا المبدأ محدودا في الالتزامات التعاقدية، و من أجل تحقيق التوازن العقدي؟ ثم كيف أصبح النظام العام يحد من الحرية

---

[1]– لقد أدى الاهتمام بمبدأ سلطان الإرادة كمصطلح قانوني أن توسع مفهومه مما دفع بالفقيه Emanuel Gounot أن جعل منه عنوانا لأطروحته التي صدرت لأول مرة سنة 1912 لانتقاد وتفنيد مضمونه كنظرية تجسم المذهب الفردي في الميدان القانوني.

Gounot (Emanuel) : Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse, Paris, 1912.

محمد شيلح، المرجع السابق، ص.6.

التعاقدية وما مجاله؟ وما هي القيود التي يقف عندها؟ وما مجال تدخل الدولة في النظام التعاقدي؟ و ما أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية التي جاءت لتحد من المبدأ، سواء في ظل القواعد العامة للعقد، أم في ظل القواعد الخاصة لبعض العقود؟

وللإجابة عن كل هذه التساؤلات، فإن لهذا الموضوع الذي نبحث فيه أهمية كبيرة سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الفقهية أو من الناحية الاجتماعية، وهذا قصد اكتشاف المزيد من المبادئ والآراء والنصوص التي وردت بصدده، حتى يأخذ هذا الموضوع حقه من البحث والتأصيل.

أهمية الموضوع

بما أن الإنسان كائن اجتماعي بفطرته، لا يستطيع أن يعيش بمفرده، كما لا يستطيع أن يفي بكل حاجياته ومتطلباته، فإن ذلك يستتبع لا محالة وجود علاقات متعددة بين أفراد المجتمع، هذه العلاقات غالبا ما تتمثل في تصرفات قانونية تتم بين الأفراد وترتب حقوقا وواجبات على عاتق أطرافها.

ونظرا للحاجة الماسة لهذه التصرفات، تتباين المصالح بين الأفراد، بل وقد تتضارب فيما بينهم، فالبائع مثلا في عقد البيع يريد أن يبيع بأكبر ثمن ممكن، وبأقل المصاريف والضمانات ما أمكن، في حين أن المشتري هو الآخر يريد الشراء بأقل ثمن، وبأكبر الضمانات، فمثل هذا التعارض الطبيعي لا يمكن إنكاره، والذي هو سمة التصرفات والمعاملات بكل أنواعها والتي تتم يوميا بين الأفراد.

لكن أن يستغل أحد الطرفين تفوقه مهما كانت صورة هذا التفوق تحت مظلة "الحرية التعاقدية" ليحقق أكبر المكاسب على حساب الطرف الآخر، فيضمن العقد ما شاء من شروط مستغلا في ذلك حاجة الطرف الآخر الماسة للسلعة أو الخدمة محل العقد، فمثل هذا المنطق اللامتوازن يجب أن يعاد النظر فيه، كما يجب أن تحاط مثل هذه التصرفات بمجموعة من القيود التي تكفل الحد الأدنى من التوازن في المصالح بين الأطراف المتعاقدة.

إن أهمية الموضوع أصبحت تتعدى هذه التصرفات البسيطة إلى ما أصبح يعرف بالمشروعات الكبرى، والتي تنطوي على مبالغ مالية ضخمة، وتتضمن مجازفات اقتصادية شديدة الخطورة على أطرافها، خصوصا الحلقة الأضعف فيها وهي فئة العمال وفئة المستهلكين[1].

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره، تؤدي وسائل الاتصال الحديثة، وشبكات الدعاية والإشهار، وتمكنها من أحدث تقنيات الإغراء، والمبالغة اللامحدودة في الإطراء على مزايا المنتوج أو الخدمة، والتغاضي عن المساوئ التي يمكن أن تصاحب هذا المنتوج أو هذه الخدمة و اتساع وتنوع الأساليب المستعملة فيها من أجل تحقيق أغراضها دورا سلبيا على فئة المستهلكين.

إن موضوع "أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد" وما يطرحه من مسائل، يعد من أبرز المواضيع التي تمس الروابط الإنسانية في جانبها القانوني والاقتصادي والاجتماعي بحكم كثافة العلاقات التي تتم فيما بين الأفراد من جهة، وبحكم تعارض مصالح هؤلاء الأفراد وتصادمها في أحيان كثيرة من جهة أخرى، وبحكم المستجدات التي يمكن أن تطرأ على المبدأ من حين لآخر.

وبحكم أهمية هذا الموضوع من الناحية القانونية والفقهية والقضائية، وكذا من الناحية العملية، وأثناء مناقشتنا له، سنستعرض المراحل التي مر عليها المبدأ إلى أن وصل

---

[1] كالمشاريع السكنية المنجزة من طرف التعاونيات العقارية والشركات العقارية التي تتعاقد عادة بمبالغ محددة سلفا بين صاحب المشروع وطالب السكن، لكن وبحكم طول مدة الانجاز والصعوبات التي يمكن أن تصاحب عملية الانجاز، فقد تطرأ عقبات لم تكن متوقعة كندرة مواد البناء فجأة أو زيادة أسعارها عما كانت عليه في مرحلة التعاقد، فمثل هذه التطورات اللاحقة تحتم مراجعة شروط العقد ثانية بين شركات الانجاز والمستهلكين، فتصبح هذه الشركات هي التي تفرض لاحقا السعر الذي يناسبها دون أدنى مراقبة من الطرف الآخر، لعدم تمكنه من ذلك بحكم تعقد المسالة وتقنيتها، كما تنفرد هذه الشركات لوحدها بتحديد مدة الانجاز والتي ستختلف لا محالة عما اتفق عليه سابقا بحكم التطورات التي حدثت. فبعد أن خضع العقد لمبدأ "حرية التعاقد" في بداية الإنجاز واطمأن إليه المستفيد من الإنجاز، يفاجأ لاحقا، نتيجة هذه التطورات، إلى غياب إرادته الكلية في إعادة مناقشة العقد ثانية بالتراضي بين الطرفين، والنتيجة هي إذعان الطرف الضعيف إلى إملاءات وشروط الطرف القوي بحكم حاجته الماسة للسكن بحكم الأمر الواقع.

إلى ما هو عليه الآن، كما سنناقش مختلف الآراء الفقهية التي تناولته بالتحليل، كما سنناقش مختلف النصوص القانونية التي وضعت من طرف المشرع بقصد تحديد الإطار القانوني اللازم لضبط هذا الموضوع، كما سنبرز مجال تدخل القاضي من أجل إقامة ما أمكن من التوازن بين مختلف الأطراف المتعاقدة، خصوصا وأن العقد قد أصبح يؤدي وظيفة اجتماعية تتعدى بكثير العلاقة القائمة بين الطرفين المتعاقدين، وسنرى فيما إذا كانت هذه النصوص القانونية فعلا كافية لمواجهة الشروط التعسفية والمجحفة، والتي قد تلحق ضررا فادحا بالطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ورغم مرور أكثر من قرنين على تقنين المبدأ في القانون المدني الفرنسي منذ سنة 1804، وتعميمه على مختلف التقنينات المدنية في مختلف الدول، ورغم الترسانة القانونية والتي توالت تباعا لضبط هذا المبدأ في مختلف شعب القانون، والمجهودات المعتبرة التي بذلها الفقه والقضاء لجبر الفجوة الكبيرة التي لا زالت تميز العلاقة العقدية، سنرى فيما إذا كان كل هذا المجهود المعتبر يرقى إلى المستوى المطلوب، أم أنه دون ذلك، سواء على مستوى انعقاد العقد، أو على مستوى التنفيذ، وأين يكمن الخلل في كل ذلك؟.

لذلك فإن أهمية الموضوع، كما ذكرت سابقا، إنما تكمن في البحث عن أسباب هذا الخلل الواضح بين ما تمليه النصوص القانونية من جهة، وما يتجسد على أرض الواقع من اللاعدل وعدم التوازن بين المتعاقدين، خصوصا في ظل التطورات التي تشهدها الحياة الاجتماعية والاقتصادية، والتي أصبحت تتسم بالصعوبات والتعقيدات، واتساع دائرة الاستهلاك وتزايد الاحتياجات للسلع والخدمات، وتشعب المبادلات التجارية وظهور صيغ جديدة للتعاقد لم يكن لها وجود في السابق.

إن مبدأ سلطان الإرادة أصبح يتجاذبه مفهومان متناقضان، فهو يستخدم كنموذج للحرية التعاقدية ورمز للمساواة بين أطراف العلاقة العقدية، وكرمز للعدالة من طرف الجانب القوي في العقد، لكن إذا نظر إليه من وجهة نظرا الجانب الضعيف في العقد، فإنه رمز

التبعية والإذعان والاستسلام، فهل يؤخذ بوجهة نظر الجانب القوي في العلاقة أم بوجهة نظر الجانب الضعيف؟ وما مدى عدالة مبدأ سلطان الإرادة في ظل حالة اللاتوازن في وضعية الأطراف المتعاقدة؟ وهل الإبقاء على المبدأ هو خدمة للحرية التعاقدية وبالتالي تحقيق العدالة المزعومة؟ أم هل أصبح على النقيض من ذلك؟ و إن كان الأمر كذلك فأين الخلل حينئذ؟ فهل الخلل في المبدأ ذاته، أم في النصوص التي تقيد المبدأ، أم أن الأمر يتعلق بعدم كفاية هذه النصوص أو لعدم استجابتها للمستجدات المتسارعة في المعاملات؟ وما هي الميكانيزمات والآليات القانونية القادرة على تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة وإزالة الاختلالات؟ وما هي القيود التي تحد من المبدأ بقصد تحقيق مصلحة المجتمع؟

وبناء على ما سبق ذكره، يمكن إعادة طرح الانشغالات السابقة ضمن التساؤلات التالية:

هل مبدأ سلطان الإرادة لا زال يجسد بحق مفهوم الحرية والمساواة بين أطراف العلاقة العقدية في ظل التطورات الحديثة لمفهوم العقد؟

وهل بإمكان المبدأ أن يستوعب كل أنواع العقود، ومختلف أنواع الأطراف المتعاقدة، بالرغم من تباين المراكز الاجتماعية والاقتصادية لكل طرف؟

وهل استجاب المشرع فعلا للاحتياجات المطلوبة، و الاقتراحات المقدمة، لسد النقائص التي تنسب إلى هذا المبدأ؟ وهل تمكنت الدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية في كشف النقائص التي تنسب إلى المبدأ، وتقديم البدائل والاقتراحات للمشرع، من أجل الرقي بالمبدأ إلى المستوى المطلوب؟

ولعل ما دفعني إلى اختيار موضوع "أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد"، هو لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في الحياة اليومية للأفراد من جهة، وللمجتمع من جهة أخرى، فهو من جهة الأفراد نجد أن أهم مصدر للالتزامات

على الإطلاق هو العقد، هذا المصدر الأساسي الذي أولاه المشرع عناية فائقة، فبدأ بتنظيمه قبل أي مصدر آخر[1]، فهو يقوم على مبدأ الحرية التعاقدية "Freedom of contract" أو ما يسمى "مبدأ سلطان الإرادة" والذي يعني أن الإرادة هي التي تضع القانون الذي تخضع له، وهي التي تخلق الالتزام مضمون العقد وفق سلطانها ومشيئتها[2]، كما أن الإرادة هي التي ترتب آثار العقد التي ارتضاها المتعاقدان، وهو ما يسمى "بالقوة الملزمة للعقد"[3]، فالعقد ينشئ قوة ملزمة لطرفيه يتعين عليهما الالتزام بها، وبالتالي تقرير ما يسمى بحرمة العقد "Sanctity of contract".

وإذا كان هذا هو المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة، فإن المفهوم الحديث للعقد قد أصبح يضفي على الصفة التعاقدية الجانب الاجتماعي بما يكفل إقامة التوازن العقدي بين طرفي العلاقة، فأصبح للعقد وظيفة اجتماعية كما ذكرنا[4].

ونحن إذ نبرز هذا التحول التدريجي لوظيفة العقد، إنما نبرز في نفس الوقت مضمون هذا الجانب الاجتماعي والاقتصادي للعقد ونبين حدوده، وما إذا كان المبدأ قد تقلص، بالنظر إلى القيود العديدة التي أصبحت تقيد مجال الحرية التعاقدية، وإلى أي مدى يمكن للمشرع أن يتدخل في هذه العلاقة العقدية؟

---

[1]– المواد من 54 إلى 673 مدني.

[2]– عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج.1، المصادر، مطبعة جامعة الكويت، ط 1982، ص. 277.

[3]– عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص.5.

علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007– 2008، ص.7.

[4]– نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012– 2013، ص.2 وما بعدها.

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون تاريخ نشر أو مكان نشر، الطبعة الرابعة، 1987، ص.25 وما بعدها.

وعليه فالالتزام التعاقدي بين مبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية والمفهوم الحديث للعقد يبقى قضية جوهرية يتعين علينا أن نلفت إليها الأنظار، نظرا لما يعانيه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من نقص في الخبرة والمعرفة[1] و اللامساواة مع الطرف المذعن أو المحتكر للشيء محل التعاقد مما يعرضه للاستغلال أو الغبن أو التدليس.

ومع إقرارنا بوجود قواعد كثيرة تحمي المتعاقد كالقواعد المتعلقة بعيوب الإرادة والأهلية والتعسف إلخ.. إلا أنها تحمي المتعاقد في جانب معين بعينه، ولا تنظر إلى رضا المتعاقد ككل فيما إذا كان رضاه نابعا عن إرادة واعية ومستنيرة ومدركة، كما لا تنظر في مقدار ما قدمه المتعاقد وما أخذه إلا استثناءا كما في بعض الحالات، مثل حالة الغبن الاستغلالي في القواعد العامة[2]، أو ما ورد في حالات محدودة مثل الغبن في بيع العقار[3]، وكما في الغبن في قسمة العقار الشائع[4]، كما لا يمكن التأكد من خلالها فيما إذا كان هذا المتعاقد راضيا بما يقوم به ومقتنعا تمام الاقتناع بمضمون العقد، والكثير من هذه القواعد لا تقيم أي وزن للمركز القانوني والاقتصادي لكل طرف من أطراف العلاقة العقدية، وفيما إذا كان المتعاقد يستغل هذا المركز لصالحه وعلى حساب الطرف الآخر أم ليس الأمر كذلك.

فالنظرية العامة للعقد اهتمت بالمظاهر الخارجية للمتعاقد دون الغوص في مثل هذه المراكز، والتي قد تؤثر لا محالة في الرضا الصادر عن كل طرف، كما أنها لا تعير أي

---

[1]- الصادق ضريفي، اختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف عند تكوين العلاقة العقدية، مقال منشور بمجلة "معارف- مجلة علمية محكمة"، قسم 1، السنة السابعة، العدد 13، ديسمبر 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، ص.83.

[2]- المادة 90 مدني.

[3]- المادة 358 مدني.

[4]- المادة 732 مدني.

اهتمام للإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، وهي المرحلة السابقة على التعاقد بحكم اختلال التوازن المعرفي بين الأطراف في العلاقة التعاقدية خلال هذه المرحلة[1].

وبحكم حالة اللاتوازن هذه في مثل هذه الحالات وغيرها، فهل بالإمكان إيجاد وسائل من شأنها تقييم الرضا الصادر عن كل متعاقد على حدة بشكل مستقل وموضوعي؟

ورغم ما كتب حول هذا الموضوع من بحوث ودراسات مستفيضة، وهي كثيرة بلا شك، ورغم المجهودات المعتبرة التي ساهمت في البحث عن الخلل القائم في هذه العلاقة، واقتراح المزيد من الحلول، إلا أنها لم تف الموضوع حقه بعد، باعتباره موضوعا واسعا ودقيقا في نفس الوقت، ويحتاج إلى إلمام كاف بكل جوانبه من جهة، كما أن التطور التكنولوجي والعلمي المتجدد، وبروز تقنيات متعددة الجوانب يصعب فهمها من قبل الأفراد، بحكم التباين بين طرفين أحدهما يملك المقومات التقنية والعلم والمعرفة بكل ما يتصل بالعقد المزمع إبرامه، والآخر تنقصه الدراية والخبرة والمعرفة العلمية والتقنية حتى يتمكن من التعرف على ماهية وخصائص السلع والخدمات التي يريد التعاقد بشأنها من جهة أخرى، خصوصا عندما يتعلق الأمر بالتعاقد بواسطة الانترنت و غيرها من وسائل التواصل الاجتماعي الحديث[2].

لذلك كان لهذا الموضوع الذي نبحث فيه أهمية كبيرة من الناحية القانونية والفقهية وكذا من النواحي الاجتماعية والاقتصادية، فهو موضوع شائك ويمثل الهاجس اليومي لكل متعاقد ضعيف، وهي دوافع دفعتني للبحث فيه قصد تأصيله متتبعا نصوص القانون المختلفة ومتعقبا آراء الفقهاء واجتهادات القضاة في المسألة، وهذا قصد الخروج بتقييم عام و شامل حول هذا الموضوع، وطرح بعض الاقتراحات في هذا المجال قصد تحقيق مزيد من الحماية الفعلية لكل متعاقد ضعيف في العلاقة العقدية.

---

[1]– محمد صديق محمد عبد اللهأكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مقال بمجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، ص.405.

[2]– الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص.84 وما بعدها.

إشكالية البحث

لقد أصبح الالتزام العقدي في الوقت الراهن ضرورة حتمية لا بد منها، فقد أصبح يفرض نفسه بكيفية لا تقبل الجدل في مختلف مناحي الحياة، سواء على صعيد المبادلات التجارية أو الاقتصادية، وسواء كان ذلك على المستوى الفردي أو الوطني أو حتى على المستوى الدولي، باعتباره الوسيلة المثلى التي تتم من خلالها مختلف المبادلات التجارية والاقتصادية بقصد إشباع الاحتياجات المتجددة.

إن درجة النمو في العالم اليوم أصبحت تقدر بدرجة هذا التبادل وحجمه ومقداره ونوعه، مما يجعلنا نطرح الكثير من الأسئلة عن جدوى مبدأ سلطان الإرادة لتنظيم هذا السيل العرم من العقود والالتزامات المختلفة والمعقدة، فهل يمكن لهذا المبدأ الذي نشا في ظروف مغايرة ومتقلبة أن يحقق التوازن المطلوب في مثل هذه المعاملات؟ وما دور الإرادة في المجال العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والمفهوم الحديث للعقد، خصوصا في ظل هذه التحولات العميقة للاقتصاد والمعاملات ككل؟ و هل تكفي الحرية التعاقدية لرأب الهوة الشاسعة بين طرفين أحدهما محترف مختص متمكن من المعرفة والخبرة والكفاءة، والآخر شخص ضعيف عادة ما يكون في أمس الحاجة إلى ما يقدمه له الطرف الآخر؟[1]

إن إقامة التوازن العقدي قد أصبح يستدعي إيجاد أنجع الحلول للحيلولة دون تعرض العقد للإبطال أو للبطلان، سواء تعلق الأمر بالاختلال القانوني و المعرفي للأطراف المتعاقدة، أو بالاختلال المادي في الأداءات المتقابلة[2].

إن سلطان الإرادة لم يعد كفيلا بتحقيق هذا التوازن فحسب، إذ لا تكفي الإرادة المجردة كأداة لتحديد مضمون الالتزامات التعاقدية، لأن مثل هاته الإرادة إنما تنطلق من مبدأ المصلحة الذاتية المحضة، فالحرية التعاقدية ورغم أنها تحقق المساواة المجردة، إلا أنها

---

[1]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص.3.

[2]- مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الشتات، مصر، 2008، ص.20.

بحاجة إلى إضفاء النزعة الموضوعية و الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية وكذا المصلحة العامة، ولعل هذا ما يفسر لجوء المشرع إلى تقييد حرية التعاقد على ضوء المفهوم الجديد لمبدأ سلطان الإرادة[1].

ومن خلال المستجدات التي طرأت في الحياة الاجتماعية و الاقتصادية و التي أصبحت تحد من المبدأ إلى حد كبير، فهل لا زال للمبدأ دور يؤديه في العلاقة العقدية، وهل فعلا أصبح دور الإرادة يقتصر على الارتباط بالغير بينما يتولى القانون تعريف هذا الارتباط و وضع شروط لقيامه؟ و ما هي العدالة التي يمكن أن يحققها هذا التدخل؟ و ما درجة هذا التدخل في مختلف العقود؟ و هل فعلا ما زال للإرادة دور في التعاقد؟ وما هي القيود الاقتصادية والاجتماعية التي أصبحت تحد من المبدأ؟

للإجابة على هذه التساؤلات وهي كثيرة بلا شك ارتأينا مناقشة هذا الموضوع من خلال اتباع المنهج الوصفي، وذلك من أجل تحليل الأفكار التي استند إليها دعاة مذهب سلطان الإرادة و التي تراوحت بين الغلو في المبدأ و الوسطية، ثم كيف تراجع المبدأ بقوة أمام اتساع دائرة النظام العام وكذا المستجدات الجديدة في الجانب الاجتماعي والاقتصادي والقانوني، ولأجل ذلك قمت باتباع الخطة التالية والتي قسمتها إلى بابين:

الباب الأول: مبدأ سلطان الإرادة كآلية للتعاقد بين بروز المبدأ وانتكاسه ويتضمن هذا الباب فصلين:

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة كآلية للتعاقد.

الفصل الثاني: مبدأ سلطان الإرادة بين الغلو في المبدأ و انتكاسه.

الباب الثاني: الحد من مبدأ سلطان الإرادة تجسيد للوظيفة الاجتماعية للعقد.

الفصل الأول: ضرورة تكييف العقد مع المتغيرات الجديدة في العلاقة العقدية.

---

[1]- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص.7.

الفصل الثاني: الآليات القانونية و القضائية للحد من مبدأ سلطان الإرادة و أخيرا الخاتمة.

الباب الأول
مبدأ سلطان الإرادة كآلية للتعاقد بين الغلو في المبدأ و انتكاسه

تعتبر الإرادة جوهر التصرفات القانونية التي تصدر عن الأشخاص، والمتمثلة في العقد والإرادة المنفردة، وهو ما يطلق عليه مبدأ" سلطان الإرادة"، هذا المبدأ الذي يقصد به إطلاق الحرية للأشخاص في أن يبرموا من العقود ما يرونه مناسبا لهم، وبالشروط التي يشترطونها غير مقيدين إلا بما ورد النص عليه في القانون.

وحرية التعاقد هاته لا تقتصر فقط على إنشاء التصرف القانوني فحسب، بل تحدد أيضا الآثار التي تترتب عنه، فهو مبدأ يتعلق بشقين يتناول الشق الأول منه الشكل، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية، والذي يجعل من الإرادة وحدها مجردة من أية شكلية كافية لإنشاء التصرف، وكل ما هو مطلوب هو صدور هذا التعبير عن الإرادة بأي شكل كان، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، كما قد يكون ضمنيا[1].

أما الشق الثاني فيتعلق بالموضوع، وهو يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان في تحديد أثر التصرف، سواء في اختيار العقد المبرم، أو في ما يتضمنه هذا العقد من التزامات وحقوق، كل ذلك في إطار حدود النظام العام و الآداب[2].

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه، فنص على الشق الأول المعبر عنه بمبدأ الرضائية في المادة 59 مدني، والتي تنص "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، كما نص على الشق

---

[1]– المادة 60 مدني، والتي تنص " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

[2]– عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنة"، المجلد الأول ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص.135، 136.

الثاني المتعلق بالموضوع في المادة 106 منه، والتي تنص "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

لقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة منذ بروزه آلية للتعاقد (الفصل الأول) غير أن المبدأ و إن كان قد بلغ أوجه في ظل انتشار المذهب الفردي، إلا أنه سرعان ما تعرض إلى الانتكاس بفعل عوامل متعددة (الفصل الثاني).

الفصل الأول
مبدأ سلطان الإرادة كآلية للتعاقد

يتطلب البحث في كيفية بروز مبدأ سلطان الإرادة بادئ ذي بدء الرجوع إلى الجذور التاريخية لظهور هذا المبدأ، والتعرض للمراحل التي مر بها حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم، والبحث في الأسباب التي أدت إلى ظهوره إلى غاية تقنينه في القانون المدني الفرنسي سنة 1804، ثم موقف الفقه الإسلامي من المبدأ.

فمبدأ سلطان الإرادة لم يصل إلى ما هو عليه اليوم إلا بعد أن مر بمراحل مختلفة، لذلك يقتضي البحث في كيفية ظهور هذا المبدأ، الرجوع إلى الجذور الأولى للمبدأ، وكذا المراحل والخطوات التي مر بها، وكيف نشأ واستقر مبدأ الرضائية، وكيف بدأ ثم ازدهر حتى بلغ أعلى مراتبه خلال فترة معينة ثم كيف له أن تقهقر شيئا فشيئا وانكمش بفعل عوامل وقيود متعددة، إلى أن أصبح إلى ما هو عليه الآن.

وسنرى من خلال دراسة هذه المراحل التاريخية التي نشأ فيها هذا المبدأ، أنه تأثر إلى حد كبير بأفكار فلاسفة القرن السابع عشر والثامن عشر والتي مهدت لظهور المذهب الفردي، واعتناق مبادئ الحرية الفردية، فبلغ المبدأ أوجه خلال هذه الفترة فأصبح له مفهوم ذاتي محض يكاد يطلق العنان لإرادة الفرد ويعلي من مرتبتها إلى حد كبير، ولو كان ذلك على حساب المصلحة العامة.

فالحرية التعاقدية في ظل هذه الأفكار، وفي نظر الفقهاء والفلاسفة خلال هاته الفترة، هي التي تعبر في مجموعها عن المصلحة العامة، وهذه الأخيرة ما هي إلا تعبير عن مجموع مصالح الأفراد.

وفي ظل هذه الأفكار الفلسفية، أصبح للإرادة مفهوم ذاتي في ظل النظرية التقليدية، والتي تقوم على مبادئ وأسس تكرس بموجبها هذا المفهوم الذاتي للإرادة.

غير أن ظهور مبادئ وأفكار جديدة ابتداء من القرن الثامن عشر، مهدت لاحقا للحد من مبادئ وأفكار المفهوم الذاتي للإرادة إلى حد كبير خصوصا بعد الانتقادات العملية للأفكار التي نادى بها، والتي أسست لظهوره، ولا شك فإن ظهور هذه المبادئ والأسس الجديدة، قد قلصت إلى حد بعيد تلك الهالة والنفوذ اللذين كان يحيطان بالمبدأ فأصبح المبدأ مقيدا إلى حد بعيد، وأصبحت المبادئ الاجتماعية والقواعد الاقتصادية هي التي تضع الإطار الذي ينبغي أن يكون عليه المبدأ، والتي تقيده منعا لأي غلو أو تطرف، فأصبح ينظر للعقد بأنه وسيلة لإقامة التوازن العقدي بين مصلحتين متعارضتين لا ينبغي أن يطلق العنان لإحدى الإرادتين لكي تقرر ما تراه مناسبا على حساب الإرادة الأخرى بدعوى الحرية التعاقدية.

لقد مر الالتزام التعاقدي بمراحل لم يكن للإرادة فيها الدور الحاسم في التعاقد قبل بروز مبدأ سلطان الإرادة (المبحث الأول)، غير أن المبدأ برز بقوة في ظل انتشار المذهب الفردي و ما يحمله هذا المذهب من مبادئ و أفكار فلسفية و اقتصادية، والتي ساهمت كلها في تقديس المبدأ و إعطائه الدور البارز في العملية التعاقدية بينما اتسم المبدأ بالوسطية في ظل أحكام الفقه الاسلامي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آليات التعاقد قبل ظهور مبدأ سلطان الإرادة

لقد كان لظهور المذهب الفردي خلال القرن الثامن عشر الأثر البالغ في نشأة مبدأ سلطان الإرادة، والذي تأثر به المشرع الفرنسي إلى حد كبير لدى إصداره القانون المدني الفرنسي، حيث اعتمد حرية التعاقد كمبدأ، وأقر نظاما للعقد تبوأت فيه الإرادة مكانا مميزا، والذي سارت على منواله أغلب التقنينات المدنية اللاحقة في مختلف الدول.

لكن و بعد أن نستعرض مفهوم مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول)، نبرز مدى سيادة مبدأ الشكلية كآلية للتعاقد في ظل القانون الروماني (المطلب الثاني) وأخيرا تأثير الوازع الديني كآلية للتعاقد في ظل القانون الكنسي(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

بالرغم من تبني المبدأ في مختلف التقنينات المدنية المختلفة، إلا أن تحديد ماهية المبدأ وحقيقته ثار حولها خلاف فقهي شديد، وفي هذا المعنى تنازعت المبدأ تيارات فقهية متعددة، ولكل رؤيته وأسانيده في تحديد المعنى الحقيقي للمبدأ[1].

ونستعرض فيما يلي مختلف هذه المفاهيم، لكن وقبل ذلك نستعرض ما قيل بشأن المعنى اللغوي لهذا المصطلح، وأصل هذه الكلمة، ودلالتها(الفرع الأول)، ثم المعنى الاصطلاحي لها (الفرع الثاني) وأخيرا مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية(الفرع الثالث).

الفرع الأول: المفهوم اللغوي لمبدأ "سلطان الإرادة"

تفسر الإرادة لغة بأنها "قوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه، أو هي القدرة في التصميم على بعض الأعمال و التصرفات"[2].

والإرادة من الناحية النفسية، هي شعور الشخص بطلب شيء يكون له حاجة أو رغبة فيه، وقد يكون هذا الشيء أمرا ضروريا يسعى الشخص إلى تحقيقه بقصد إشباع حاجاته[3]، وقد يقصد به أيضا اختيار الشخص ما يعد في نظرة أمرا أو هدفا يكون أسمى من غيره من الرغبات، بحكم ما يتصف به من خصوصية تلبي حاجيات هذا الشخص بالذات،

---

[1]- عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص.5.

- رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دكتوراه، ط.1، 1994، بدون مكان نشر، ص.5.

[2]- أورد هذا التعريف للإرادة جبران مسعود، الرائد (معجم لغوي عصري)، المجلد الأول، بيروت، 1978، وأنظر أيضا خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص.1.

أحمد وولد عبد الدايم، مظاهر انحسار مبدأ سلطان الإرادة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1997- 1998، ص.4.

[3]- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، القاهرة، 1968، ص.192.

وتحقق له ميوله ونزواته الخاصة به[1]، والأصل اللغوي لهاته الكلمة مستمد من المصطلح الفرنسي "L'autonomie de la volonté"، وكلمة "Autonomie" تعني "الاستقلال"، غير أن المصطلح يعني في لغة القانون، أن الشخص هو الذي يلتزم بنفسه وبمحض إرادته[2].

ويرى عادل مصطفى بسيوني أن مصطلح autonomie مستمد من أصله الإغريقي Avrovomia، وكان هذا المصطلح يطلق على بعض المدن التي كان يتركها الرومان تخضع لقوانينها الخاصة[3]، ويرى بأن مبدأ سلطان الإرادة، autonomie de la volonté هو عبارة عن مبدأ "ترسم الإرادة العاقلة بذاتها تبعا له حدودها التي تعمل فيها".

" Principe selon lequel la volonté raisonnable trouve en elle-même ses propres déterminations[4]".

والإرادة لا تتحقق لصاحبها إلا بتمتعه بحق الحرية[5]، هذا الحق الذي لن يأخذ مجراه إلا وفقا لضوابط قانونية تحمي هذه الحرية، وتصونها، وتسهر على تطبيقها التطبيق السليم، ولأن الإخلال بها قد يؤدي إلى الفوضى[6].

---

[1]- يوسف مراد، مبادئ علم النفس العام، بدون تاريخ ومكان نشر، ص.343.

[2]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.133.

[3]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.133 في الهامش.

رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص.138.

[4]- Droit que les Romains avaient laissé certaines villes greques de ce gouverner par leur propres lois.

Elittre : Dictionnaire de la langue française.

عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.133 في الهامش.

[5]- نسرين أبادر، حرية التعاقد، ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2010- 2011 ، ص.2.

[6]- وقد عرف الفيلسوف الانجليزي "توماس هويز" الحرية بقوله "أعني بالحرية وفقا للمعنى الحرفي للكلمة غياب العوائق الخارجية التي بإمكانها غالبا أن تنزع من الإنسان جزءا من سلطته التي تخول له فعل ما يريد، وهي رغم ذلك لا تستطيع منعه من استعمال السلطة المتبقية لديه وفق ما يفرضه عليه حكمه وتفكيره".

والحرية من حيث المنظور القانوني، هي تلك الرابطة التي تربط الفرد بالدولة، أي تلك الحريات المعترف بها للشخص في مواجهة السلطة العامة، حيث يفترض اعتراف الدولة للأفراد بحق ممارسة عدد معين من أنواع الحريات، كحرية التعبير، وحرية الرأي، وحرية تكوين جمعيات، وحرية التدين إلخ..

والحرية بهذا المعنى تشمل دائرة التصرفات القانونية، والتي هي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء بإنشائه أو تعديله أو إنهائه، والإرادة هي جوهر التصرفات القانونية، والتي يطلق عليها مبدأ سلطان الإرادة.

وقد عرف الفقهاء الإرادة بأنها ظاهرة نفسية تمر بمراحل أربعة: تتمثل الأولى في مرحلة التصور Conception، وفيها يعمد الشخص إلى استحضار العمل القانوني الذي يريد القيام به، والذي استرعى انتباهه من أجل تلبية حاجياته، ثم تليها مرحلة التدبير Délibération، وفيها يوازن الشخص مختلف الاحتمالات، والنتائج المتوقعة، والوسائل المتاحة لإنجاز الهدف، ثم تأتي مرحلة التصميم Décision، وفيها يقوم الشخص بالبت في الأمر، واتخاذ القرار المناسب فيصبح باتا، ثم تأتي في الأخير مرحلة التنفيذ Exécution، وفيها تنتقل الإرادة من مكامن الشخص لتظهر إلى العالم الخارجي حتى تحدث أثرا قانونيا[1].

غير أن استخدام مصطلح "سلطان الإرادة"، بمعنى رد كل شيء إلى الإرادة، إنما هو انحراف عن الاستخدام الصحيح والمنطقي لهذا المفهوم وللمنطق الأصيل، فينبغي أن يكون القصد من استخدام المبدأ إنما هو الإرادة العاقلة[2].

أما جون لوك فيرى بأن "الحرية الطبيعية للإنسان هي عدم الاعتراف بأية سلطة تعلو عليه، وعدم الخضوع لإرادة أو سلطة أي شخص ثم عدم اتخاذ أية قاعدة سوى قاعدة القانون الطبيعي، إن حرية الإنسان في المجتمع هي ألا يخضع إلا للسلطة التشريعية المؤسسة بتوافق مشترك مع الدولة، وألا يعترف بأية سلطة أو أي قانون خارج تلك القوانين التي تضعها هذه السلطة في انسجام مع المهمة المنوطة به..."، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.1.

[1]- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.2.

[2]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.138.

فعقل الفرد لا إرادته هو مصدر القانون، فبواسطة هذا العقل يستوحي الأفراد قانونهم الوضعي من القانون الطبيعي، كما أن العقد الاجتماعي لا يعطى للفرد حقوقا طبيعية للفرد فحسب، وإنما يقرر إلى جانبها أيضا التزامات طبيعية.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لمبدأ سلطان الإرادة

اختلف الفقه حول تصنيف مبدأ سلطان الإرادة، ولقد كان للأفكار والمذاهب الفلسفية التي سادت لدى ظهور المبدأ الأثر البالغ في اختلاف الآراء والمذاهب التي قيلت بشأن المبدأ، فهل هو مفهوم مطلق؟ وهو ما يعبر به بالمفهوم الشخصي أو الإرادي للمبدأ (أولا) أم هو مفهوم موضوعي تراعى فيه القيود والاعتبارات الاجتماعية؟ (ثانيا) أم هو مفهوم مختلط؟ (ثالثا).

أولا: نظرية المفهوم المطلق أو الإرادي لمبدأ سلطان الإرادة

لقد ظهر هذا المفهوم وبرز بصورة أوضح في نهاية القرن التاسع عشر، أي بلغ أوجه عند ظهور المذهب الفردي ووصوله إلى عصره الذهبي تحت تأثير الفلسفة الفردية والحرية الاقتصادية، والذي كان يرى بأن الإنسان حر بطبعه، ولا يمكن إلزامه بشيء، إلا إذا ارتضاه لنفسه، فالإرادة الإنسانية هي التي تهيمن لدى إنشاء العقد، وهي التي تحدد مضمونه أو محتواه بكل حرية.

و لقد كان للمبادئ والأسس التي قام عليها المذهب الفردي الأثر البالغ في تشكيل مبدأ سلطان الإرادة، وفي وضع الصورة النهائية له، والتي تكاد تعبر عنه مقومات المذهب الفردي.

فالمذهب الفردي، كما يتفق الجميع، قام على مبدأ الحرية المطلقة من كل قيد في مختلف مناحي الحياة، خاصة في الجانب الاقتصادي، مما ترتب عنه إطلاق العنان للحرية التعاقدية في الجانب القانوني منه خصوصا في إنشاء العقود، وفي تحديد مضامينها، وفي ترتيب آثارها، فكان للإرادة الدور البارز في إدارة كل الأمور بشكل يكاد يكون مطلقا.

فيرى أنصار المذهب الفردي أن الإرادة هي قوام العقد وركيزته، والمتعاقد إنما يلتزم بإرادته لا غير، فهي التي تلزمه بما قبل به بكل حرية، بل وإن القانون نفسه عندما يرتب التزاما ما، إنما يفترض في الشخص الملتزم بقواعده أنه ارتضاها في ذمته، بل وإن كل الالتزامات إنما ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، كما أن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على هذه الالتزامات من آثار[1]، وعليه فالمتعاقدان إنما يلتزمان لأن إرادتيهما شاءت ذلك، فإن لم يكن الشخص طرفا في العقد فلا يلتزم به، كما لا يكسب حقا نشأ عنه، فمبدأ سلطان الإرادة هو الذي ينشئ الالتزامات كما أنه هو الذي يرتب الحقوق.

وقد توسع أنصار هذا المبدأ، فنسبوا إلى الإرادة الدور الأساسي والمصدر الرئيسي لبقية الحقوق الأخرى غير التي تنشأ عن العقد، وهكذا، ففي نظرهم فإن حق الملكية إنما ينشأ عن حرية الإرادة[2]، كما أن حقوق الأسرة مردها أيضا إلى الإرادة المتمثلة في عقد الزواج، وأن الميراث قائم على وصية مفروضة[3]، ووسائل التنفيذ الجبري إنما ارتضاها المدين طواعية عندما قبل الاستدانة، بل وإن قانون العقوبات هو نفسه نتيجة للإرادة، حيث أن المجرم يكون قد ارتضى مسبقا هذا القانون، كما ارتضى الجزاء الذي يرتبه في حالة مخالفة قواعده، بل وإن القانون نفسه إنما هو وليد إرادة الأفراد.

وقد بلغت هذه النظرية شأوا بعيدا في تفسيرها للظواهر الاجتماعية و الاقتصادية و القانونية.

فالشخص عندما يرتبط بمحض إرادته مع غيره من الأفراد، يجب أن يرتب هذا الارتباط أثره القانوني، بغض النظر عما قد يصاحبه من علل أو مظاهر تحد أو تقلل من المساواة بين المتعاقدين، كعيوب الرضا، أو التعسف في استعمال الحق، أو أي خلل ما، فلا

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.2، 1964، ص.ص.144، 145.

[2]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص 134، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.145.

[3]- أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص.470.

أنظر أيضا درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.93.

يصح التدخل، لأن من شأن ذلك أن يقيد من إرادة الفرد وحريته، كذلك لا يجب أن نقيد من أثر العقد متى نشأ، رغم ما قد يصاحبه من خلل في تكوينه، فلا يعتد بالغبن، ولا بالعلل التي يمكن أن تؤثر في نشوء العقد، ومن ثم في ما يرتبه من آثار، لأن ما أنشأه الإنسان، إنما هو العدل لأنه كان نتيجة حرية الإرادة.

أما فيما يتعلق بمبادئ النظام العام، وقواعد العدالة، ومبادئ التضامن الاجتماعي، وغيرها من القيود القانونية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، فلا ينبغي أن تحد من مبدأ سلطان الإرادة، ولا أن تعيق سيره لأنها حينئذ ستحد من حرية الفرد، بل ولا يجوز للقاضي ولا للمشرع أيضا التدخل للحد من المبدأ إلا في أضيق نطاق[1].

ثانيا: نظرية المفهوم الموضوعي لمبدأ "سلطان الإرادة"

تقوم هذه النظرية على مفهوم مغاير للمفهوم السابق لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أن جانبا من الفقه[2] يرى بإمكانية تقييد الإرادة لاعتبارات معينة كالنظام العام أو الآداب، بحيث يكون تدخل القانون أو الدولة إنما بغرض حماية حقوق وحريات الآخرين، فالقانون، والذي وهو شر لا بد منه، ينبغي ألا يمس بحقوق الأفراد، ولا أن يقيدها، كما ليس للدولة فعل ذلك، لأن حقوق الأفراد وحرياتهم يجب أن تعلو على المجتمع، فإن كان ولا بد من وضع قيود أو حدود على هذه الحرية، فينبغي أن يكون ذلك في أضيق نطاق، ومن أجل ضمان حقوق الآخرين[3]، بل ويرى الكثير من أنصار هذا الاتجاه، أن لا تضارب بين حماية الحرية الفردية والاعتناء بمقتضيات الصالح العام والمصلحة العامة.

وهكذا نرى أن هذا الاتجاه يحاول الاحتفاظ من جهة بالمبدأ، لكن عندما يصطدم بمصلحة الجماعة أو لاعتبارات النظام العام، فينبغي التدخل كلما استدعى الأمر ذلك، لأن

---

[1]- STARCK (Boris) : Droit civil, obligations - 2- 2ème édition par ROLAND et BOYER, Litec, Paris, 1986, no 6, p.4.

[2]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.135.

[3]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.135.

مثل هذا التدخل إنما يخدم الفرد في الأخير، ولذلك لا يمكن التقييد بصفة مطلقة من حقوق الفرد، فالفرد يعيش داخل مجتمع، ومن ثم يجب إعطاء الاعتبار للجماعة التي يعيش فيها الفرد بالقدر الذي لا يهدد قيمة الفرد داخل هذه الجماعة، فيتم التوفيق بين مصلحة هذا الفرد ومصلحة مجموع هؤلاء الأفراد المكونين لهذه الجماعة.

ومثل هذا التصور سيؤدي لا محالة إلى بسط الرقابة على العقود التي يبرمها الأفراد، بحيث لا تصطدم بمصلحة الجماعة، كما لا تتعارض مع النظام العام ولا الآداب العامة، ولذلك فإن مبدأ "سلطان الإرادة" ليس مبدأ مطلقا، وإنما يخضع لقيود معينة حتى في ظل فلسفة المذهب الفردي[1]، فالإرادة تخضع دائما لقيود معينة حتى اقترح البعض من أجل هذا الغرض إطلاق مصطلح autonomie partielle، وهو ما يسمى "بالسلطان الجزئي للإرادة" أو "الاستقلال الجزئي للإرادة"[2].

وهناك من يرى بأن أول من استعمل مصطلح autonomie إنما هو الفيلسوف "كانت"، وكان ذلك في أواخر القرن التاسع عشر، وتحديدا سنة 1893[3]، حيث كان المبدأ يقضي بأن الفرد هو أساس المجتمع، وأن الإرادة هي مصدر الحق، وكانت الفلسفة السائدة حينئذ تقضي بتمجيد مبدأ سلطان الإرادة، لأنه أصل الدولة والتشريع، بل والعمل القانوني نفسه، وكان كل من التشريع والاتفاق في مرتبة واحدة، وقد كان أرسطو يعرف العقد بأنه تشريع من صنع الأفراد من أجل حكم مسألة معينة، بل وأنه اعتبر العقد أساسا من أساسات الدولة، وهي الفكرة التي يستند إليها أنصار نظرية العقد الاجتماعي كنظرية تفسر أصل نشأة الدولة[4].

---

[1]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.134 في الهامش.

[2]- أنظر رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.138.

[3]- لكن في رأي فيرونيك رانويل Véronique Ranouil فإن أول استعمال لمصطلح استقلال Autonomie كان من طرف فقهاء القانون العام (أي القانون الدولي)، وخاصة عند الفقهاء الألمان (فوليكس Foliex وساقيني Saviny).
Véronique Ranouil, op.cit, p.17.

[4]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.134.

والواقع فإن "كانت" كان أحد فلاسفة القانون الطبيعي، بل وكان يعد، بعد أرسطو، أبرز هؤلاء الفلاسفة على الإطلاق، والقانون الطبيعي لديه كان يتمثل في الأخلاق الطبيعية العالمية، بمعنى أن يتصرف كل شخص التصرف الذي يصلح أن يكون قانونا عالميا، أي أن يكون تصرفه تصرفا لائقا باعتبار أن الإنسانية هدف في ذاتها وليست وسيلة[1]، ومصدر هذا القانون الطبيعي إنما هو العقل الخالص، ولذلك ينبغي أن تخضع إرادة الإنسان الموجود في العالم الحسي لإرادة الإنسان الموجود في العالم العقلي، أو بمعنى آخر، ينبغي أن تخضع إرادة الإنسان لحكم العقل، ولمبادئ الأخلاق الطبيعية العالمية، وهكذا يجب أن تخضع جميع تصرفات الإنسان سواء فيما يبرمه من عقود أو يسنه من قوانين لمبادئ القانون الطبيعي.

ويرى كانت أن "العقل حاكم على الإرادة، لذا يجب أن يتجه إلى إرادة خيرة فينا، وثقافة العقل لا غنى عنها لمراقبة الإرادة[2]، ويقول كانت "نحن نقوم بتجديد أنفسنا ونشرع قوانين أفعالنا، ونعتبر أحرارا بمقدار خضوعنا لهذه القوانين، فليست الحرية إلا هذا الخضوع الإرادي للقوانين، والإنسان حر بقدر ما يخضع للقانون الذي يصنعه هو نفسه لنفسه، ومن ثم كانت فكرة الحرية التي استمدها من العقل، والتي تجعلني عضوا في العالم المعقول، هي الشرط الوحيد الذي يجعل الأمر الأخلاقي المطلق ممكنا"[3].

ونخلص مما سبق، أن حرية الإرادة عند "كانت" تعتبر واقعة غير ملموسة، أي أنها فكرة تختلف عن المبدأ الذي هو وليد التجربة، فالحرية لديه وثيقة الصلة بالأخلاق والمثل، وعليه فتصرف الشخص ينبغي أن يكون ثابتا ومستمدا أسسه ومبادئه من هذا الوعاء الأخلاقي، وليس مجردا فحسب، وألا تكون إرادة الشخص مادية محضة، أو تابعة لهواه

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص.177.

[2]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.143.

[3]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.143.

الشخصي، ولذلك عرف "كانت" سلطان الإرادة بأنه "صلة تلحق الإرادة" ومؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها، وبمعنى آخر بالقانون العالمي الأخلاقي، بعيدا عن أي باعث آخر ملموس[1].

ثالثا: نظرية المفهوم المزدوج لمبدأ "سلطان الإرادة"

ويذهب هذا الاتجاه إلى وجوب التمييز بين الحكومة والمجتمع، فالحكومة تتسم وفق هذا الاتجاه بعدم مراعاة المصلحة العامة، وعدم احترام حقوق الفرد، باعتبارها هي التي تمسك بزمام السلطة، ويخشى منها أن تدخل في تصادم مع الأفراد، وقد تستبد أثناء ممارستها السلطة، بل وقد تتعسف في تصرفاتها تجاه الأفراد، فيصبح هؤلاء الأفراد ضحايا هذه السلطة، وبالتالي فإن هؤلاء الأفراد ينبغي حمايتهم من تعسف واضطهاد السلطة، وهذا بمنحهم سلطة إرادية في مواجهة الحكومة.

ويعطي أنصار هذا الاتجاه أمثلة لذلك، فيرون بأنه لا يجوز للحكومة نزع الملكية الفردية أو الاستيلاء عليها دون وجه حق، إلا للضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة، وأن يكون ذلك تحت رقابة القضاء منعا للتعسف، وينبغي أن يكون تدخل الحكومة في مثل هذه الحالات نادرا، إلا في حالة عدم وجود بديل عن هذا الاستيلاء، فإذا انعدم البديل، وتوفرت حالة الضرورة أمكن إعمال هذه الاستيلاء، ولكن تلتزم الحكومة بالتعويض مقابل ذلك بما لا يقل عن سعر المثل، وهو السعر الذي يتعامل به الفرد فيما لو اتجهت إرادته إلى البيع أو الشراء، أما عند الاستيلاء على أرضه فيتم ذلك رغما عنه، وحتى لا يضار من هذا التصرف الصادر عن الحكومة، ينبغي ألا يكون التعويض أقل من ثمن المثل.

[1]– La caractère de la volonté pure étant qu’elle ne se déterminerait qu’en de sa propre essence, c’est– à– dire par la seule forme universelle de la loi morale à l’exclusion de tout motif sensible.

عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.134.

وبالمثل، لا يجوز للحكومة أن تصدر قوانين من شأنها تقييد الحريات الشخصية أو حرية الفكر أو العقيدة، أو تحد من حرية الفرد في التصرف، أو إجراء المعاملات، أو تحديد آثارها إلا بالقدر الذي لا يمس بحقوق وحريات الأفراد[1]، ولأن عدم تقييد نشاط الحكومة تجاه الأفراد هو سبب البلاء، وهو الخطر الأكبر على الحرية التعاقدية، والأكثر مساسا بإرادة الأفراد فيما لو ترك الأمر على حاله، لأن الحكام هم الطرف القوي الذي يخشى منه على الإرادة الفردية.

ويرى أنصار هذه النظرية، أنه لا فائدة من مبدأ سلطان الإرادة، طالما أن الطرف القوي يفرض رأيه على الطرف الضعيف، كما أنه لا مجال لممارسة الحرية الفردية طالما أنها لم تقترن بالمساواة.

أما فيما يتعلق بالمجتمع، فالأمر يختلف، فالمجتمع يتشكل من مجموع الأفراد والفرد جزء لا يتجزأ من هذا المجتمع، ومن ثم فلا يجب منح الفرد سلطة إرادية في مواجهة المجتمع، بمعنى عدم منح فرصة للمواجهة بين الإرادة التي تمثل المجتمع وإرادة الفرد، فمثل هذه المواجهة ستؤدي لا محالة إلى تصدع علاقات المجتمع، وتخلق المواجهة بين أفراده الذين هم خلايا هذا الكيان، وسيكون الفرد في النهاية هو الضحية الأولى باعتباره اللبنة والخلية الأساسية التي هي جزء لا يتجزأ من هذا المجتمع ككل.

الفرع الثالث: مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية

يعرف مبدأ سلطان الإدارة بأنه قدرة إرادة الإنسان في أن تشرع بذاتها ولذاتها بكل حرية، ولها ألا تبرم أي التزام بمحض إرادتها ، ولا يقيد حريتها هاته أي قيد، أما إذا التزمت

[1]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.137.

فإنها تصبح ملزمة بما التزمت به، وبالقدر الذي أرادته[1]، وإذا كان هذا هو مفهوم مبدأ سلطان الإرادة فهل ينطبق ذلك على مبدأ الرضائية؟ أم أن لكل منها مفهوم خاص به؟.

من خلال استعراض المراحل التاريخية التي مر عليها المبدأ، وبالرجوع إلى المصادر الفقهية، نلاحظ أن الفقهاء[2]، يقسمون مبدأ سلطان الإرادة إلى قسمين: الأول يطلقون عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل، والثاني يطلقون عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع أو مبدأ الرضائية[3].

وبمقتضى القسم الأول، يعني المبدأ كفاية الإرادة في إنشاء التصرف وتوليد الالتزامات دون أن تفرغ هاته الإرادة في شكل معين، فكلما هو مطلوب هو أن يصدر التعبير عنها ولا يهم الصورة التي صدر فيها، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو بأي وسيلة أخرى تؤدي المعنى المقصود، أو هو قدرة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد، فالعبرة إذن هي بظهور هذه الإرادة بغض النظر عن طريقة التعبير عنها.

أما القسم الثاني وهو مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع أو ما يسمى بمبدأ "الرضائية"، فنعني به أنه إذا كانت الإرادة كافية في قيام العقد، إلا أن مبدأ الرضائية، أو بمعنى آخر توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحيانا لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع بعض أنواع العقود من حيث تكوينها إلى شروط معينة، كما هو الشأن في العقود الشكلية والعقود العينية.

---

[1]– بسام مجيد سلمان، أكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، بدون تاريخ نشر، ص7.

[2]– عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية)،ج1،التراضي، القاهرة، 1958، ص9، عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني، (علاقته، حقوقه، التزامه)، مكتبة عين شمس، القاهرة 1973، ص.ص. 221-222.

[3]– بسام مجيد سليمان، أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.7، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.9.

فحرية الشخص في الدخول في التعاقد من عدمه، أو عدم السماح له بالدخول في هذا التعاقد، يتقرر بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي، أي سلطان الإرادة، أما بعد أن يقرر الشخص التعبير عن رغبته في التعاقد، فإن مبدأ الرضائية هو الذي سيحدد مدى كفاية هذا التعبير لقيام العقد استنادا لنصوص القانون، وفيما إذا كان العقد رضائيا أو شكليا أم عينيا.

لذلك فإن العقد النهائي لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد إظهار الرغبة في التعاقد مع مراعاة القيود التي يفرضها القانون في إنشاء العقود، كشروط الانعقاد وشروط الصحة، وفيما إذا كان العقد لا يخالف النظام العام، وبالإضافة إلى ذلك مراعاة القيود التي يفرضها القانون على المتعاقدين فيما إذا كان العقد شكليا أو عينيا أو غير ذلك من القيود، فإن لم يكن العقد كذلك، بأن كان رضائيا ثم العقد ورتب أثره[1].

المطلب الثاني: سيادة مبدأ الشكلية كآلية للتعاقد في ظل القانون الروماني

من الثابت تاريخيا أن مبدأ سلطان الإرادة لم يظهر إلا بعد تطور طويل حيث لم تكن الإرادة في حد ذاتها كافية لإنشاء التصرف دون إفراغه في شكل آخر[2]، فلم يكن هذا المبدأ مصدرا للالتزام لأسباب متعددة، حيث أن المبادلات في المجتمعات القديمة كانت على درجة من البساطة وعدم التعقيد، ذلك أنها كانت مبنية على التعامل الفوري لتلبية الحاجات الأساسية لدى المتعاقدين ونادرا ما كان يتم تنفيذ الالتزام في المستقبل، وكانت التجارة أو المبادلات التي أساسها العقد تحتل مكانة متواضعة، وكان الاقتصاد يقوم أساسا على الزراعة والرعي، فكل أسرة تستهلك تقريبا كل ما كانت تنتجه، كما أن العلاقات كانت تعتمد بالأساس على العادات والتقاليد والطقوس الدينية[3].

---

[1]– بسام مجيد سليماني، أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص8.

[2]– عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، نظرية العقد، الطبعة الثانية، 2005، مطبعة الكرامة، الرباط، ص.92.

[3]– أحمد وولد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.8.

ففي عهد القانون الروماني يكاد يجمع الشراح على أن هذا القانون خصوصا في بداية مراحله الأولى، لم تعرف مبدأ سلطان الإرادة لا في شقه الأول حيث أن الإرادة في حد ذاتها لم تكن كافية لإنشاء التصرف القانوني، ولا في شقه الثاني حيث أن الإرادة لم تستطع أن تحدد آثار التصرف[1].

فالتصرف لم يكن لينشأ إلا إذا اتخذ التعبير عن الإرادة شكلا تحيط به أوضاع وحركات وإشارات أو ألفاظ معينة[2]، وبعبارة أوضح لم يكن توافق إرادتين لينشئ عقدا أو يولد التزاما، بل كان العقد يستمد وجوده إما من تبادل عبارات معينة، أو من خلال كتابة صيغة معينة، أو اتباع إجراء شكلي معين، ولم تكن هذه الأشكال مجرد صورة للتعبير عن الإرادة، بل هي العنصر الوحيد والذي بمجرد تمامه ينشأ العقد ويرتب آثاره، ولو كانت إرادة المتعاقد معيبة أو بدون سبب أو غير مطابقة لما قصده المتعاقد[3]، إلا أن ذلك لم يستمر طويلا فقد مر المجتمع الروماني بمرحلتين متميزتين، الأولى تميزت بالشكلية المطلقة والتي طغت فيها

---

[1]– صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964، ص.6.
Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1948, T.II, nos : 72, 73, p.p, 91– 93. Petit (Eugene) : Traité élémentaire de droit romain, 6ed, Paris, 1909, no :715, p.646, no :718, p. 651– 652. Brissaud : Manuel d'histoire du droit privé, Paris 1908,p506.

[2]– صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.7.

[3]– يقسم المؤرخون القانون الروماني إلى ثلاثة عصور، وذلك حسب درجة التطور التي مر بها:

العصر الأول: وهو ما يسمى بعصر القانون القديم، والذي بدأ بتأسيس روما، وانتهي في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد، وهذا العصر، تميز فيه القانون الروماني بالشكلية وغلبة الطقوس.

العصر الثاني: وهو العصر العلمي أو المدرسي: وهو عصر ازدهار القانون الروماني وبدأ بصدور قانون "ايبوتيا LexAebutia"، حوالي سنة 13 ق.م والذي حرر نظام الشعوب jusgentium وتميز بخلوه من الرسميات ليلائم طبيعة المبادلات التجارية بين الرومان وسائر شعوب الإمبراطورية، وهذا العصر انتهى بحكم الإمبراطور "دقيانوس". العصر الثالث: وهو العصر الذي تدهور فيه الفقه، واضمحلت فيه دراسات علم القانون، وذلك بتدهور الإمبراطورية أمام غزوات القبائل الجرمانية، وانقسامها إلى شرقية وغربية، إلا أن هذا العصر تميز بأنه عصر تجميع القانون الروماني، وكان ذلك على يد الإمبراطور "جوستنيان" والذي كان له الفضل في حفظ القانون الروماني من الزوال، وقد بدأ هذا العصر بحكم الإمبراطور "دقيانوس" وانتهى بحكم إمبراطور الشرق "جوستنيان" عام 565 ب.م.

محمد عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون الروماني، بدون تاريخ ومكان نشر، ص.11، ط سنة 1954، صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.7 وما بعدها، حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 1986، ص.29، 30 في الهامش.

المراسيم والأشكال المتعددة بشكل لافت، فلم يكن للإرادة أي تأثير على التصرفات التي تنشأ بين الأفراد، حيث كان الاعتبار يتعلق بتلك الشكليات، وبالتالي لم يكن لها أي وزن يذكر (الفرع الأول)، ثم أعقبت ذلك فترة لاحقة ميزت المرحلة الأخيرة للإمبراطورية الرومانية، حيث وبحكم المستجدات والتطورات التي بدأت في الظهور، بدأت الملامح الأولى للاعتداد بالإرادة شيئا فشيئا رغم الإبقاء على الشكليات السابقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خلو التصرف القانوني من الرضائية

لم يكن للإرادة خلال هذه الفترة أي دور في إنشاء التصرفات القانونية أو تحديد آثارها، فالعقد لا يتولد عن الإرادة ولا يرتب آثاره إلا بواسطة الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون[1].

ولقد أقر القانون الروماني هذه القاعدة والتي تقضي بأن الاتفاق المجرد بين المواطنين الرومان لا تتولد عنه دعوى " EX NUDO PACTO INTER CIVES ROMANUS ACTIO NON NASCITUR"

وأهم التصرفات الشكلية التي عرفها القانون الروماني في بدايته هي: التصرف بالسبيكة والميزان[2]PER AES ET LIBRAM، والدعوى الصورية IN JURE CESSIO، والاشتراط الشفهي STIPULATIO[3].

لكن وبعد تغير ظروف المجتمع الروماني ابتداء من عام 200 قبل الميلاد وتطوره بسبب مجموعة من العوامل الإقليمية والاقتصادية منها توسع الدولة الرومانية عن طريق الحروب، مما نتج عنه تنوع التجارة وتبادل الثروات، أن أدى ذلك كله إلى الاعتراف ببعض

---

[1]– خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.6.

2– و طريقة انعقاده هي أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل، و حامل الميزان فيقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه الملكية ثم بعدها يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية.

[3]– أما الاشتراط فهو عقد شفهي في صورة سؤال من الدائن إلى المدين عن قبوله التعهد وإجابة المدين بالموافقة، ويصبح هذا الاشتراط نافذا ولو كان المشترط مازحا أو شاب رضاه غلط أو إكراه أو تدليس، أو كان سبب التزامه غير مشروع.

وكانت الإجراءات المستعملة هي نفس الإجراءات السابقة أي بالسبيكة والميزان، لكن مع تغيير الصيغة المستعملة، صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.7 وما بعدها.

التصرفات غير الشكلية لكنها ليست رضائية، ومنها عقد القرض حيث يشترط القيام بعمل مادي هو تسليم الشيء الذي يرد عليه التصرف مما جعل هذا العقد عينيا أي لا يتم إلا بالتسليم.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل كان لتغير الظروف الاجتماعية، وتطور التجارة وازدهارها، وكثرة المعاملات وتنوعها، أن أصبحت الشكلية الجامدة تعرقل سير مثل هذه المعاملات مما أدى إلى ظهور تصرفات قانونية غير شكلية لكنها ليست رضائية تماما[1].

وفي العصر العلمي[2] ظهر إلى جانب الشكلية مبدأ الرضائية كاستثناء، فظهرت بعض العقود الرضائية حيث كان يعتد بالتراضي لقيام الالتزام و لم يكن التراضي في حد ذاته كاف لترتيب الالتزام أثره، وقد عرفت باسم الاتفاقيات البريتورية PACTA PRACTORIA وسميت كذلك نسبة إلى البريتور والتي اعترف بها كمصدر للالتزام[3]، وأصبح يميز بين الاتفاق PACTUM والعمل الناقل للملكية، فالاتفاق لا يكسب حق الملكية ولكن يقتصر دوره في إنشاء الالتزام، أما نقل الملكية فلا يتم إلا بعد استيفاء الأشكال التي نص عليها القانون، مثل الإشهاد أو الدعوى الصورية أو التسليم أو التقادم[4].

وإلى جانب ما سبق اعترف القانون كذلك بصحة بعض الاتفاقات الأخرى والتي لا تدخل ضمن فئة العقود، ولكن يشترط لكي ترتب التزاما أن يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، وقد سميت هذه الاتفاقيات باسم "العقود غير المسماة"[5]، وكان يفرق بين العقد

---

[1]– مثل الإجارة، البيع، الشركة والوكالة، خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.7.

[2]– وقد بدأ هذا العصر عام 27 ق.م، وقد تميز بظهور قانون الشعوب ليحكم المبادلات التجارية بين الرومان وسائر شعوب الإمبراطورية حيث اقتضت المعاملات التجارية ضرورة التحرر من قيود الشكل، وقد تأثر الرومان بالثقافة اليونانية، وكان ذلك عندما تولى الإمبراطور أغسطس السلطة وانتهى في القرن الثالث الميلادي، خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.7 في الهامش، رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1976، ص.74. عادل بسيوني، المرجع السابق، ص.18.

[3]– صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.7.

[4]– صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.ص.12، 13.

[5]– صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.7.

CONTRACTUS والاتفاق PACTUM، فالاتفاق لا يرقى إلى مرتبة العقد، وبالتالي لا يتولد عنه التزام إلا إذا أفرغ في قالب شكلي، والالتزام بمعنى العقد لا يتولد من واقعة التراضي ولكن من التلفظ بالألفاظ التي حددها القانون، مما يعني أن مدلول الاتفاق كان أوسعا من مدلول العقد، فكان كل عقد يعتبر اتفاقا وليس العكس تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقرر بأن "الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام"، وهو ما كان يعبر عنه بأن شكل العقد هو قوام وجوده FORMA DAT ESSE REI[1].

وهكذا يمكن القول أنه لم يكن لإرادة المتعاقدين في حد ذاتها دور هام في ترتيب الالتزامات التعاقدية، ذلك أن صحة وإلزامية الاتفاقات كانت مرتبطة بوجوب إفراغها في قوالب شكلية أو بمجرد تبادل إشارات أو عبارات محددة دون اعتبار لمدى سلامة الإرادة، أو حتى لعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته[2]، وقد ساد هذا الوضع بالرغم من ظهور أنواع

---

[1]– ويرجع ذلك إلى طبيعة هذه المرحلة من مراحل تطور الشعوب، فبحكم الصورة البدائية والساذجة التي كانت تعيشها المجتمعات آنذاك، كان يصعب عليها إدراك المعنويات ولذلك كانت تحاول دائما تجسيدها في صورة مادية أوفي شكل ملموس، وكان هذا سائدا في كل المجالات بما في ذلك المعتقدات الدينية، حيث قاموا بتجسيد فكرة الإله في صورة صنم يعبد طبقا لما تمليه عليهم تصوراتهم الضعيفة فيأخذون بالشكل ويدعون الحقيقة.

و النتيجة أن الفصل بين الحقيقة والشكل في المعتقد كان هو الوثنية، كما أن الفصل بين الحقيقة والشكل في القانون كان هو الشكلية، فوجب وكنتيجة لذلك أن تصب الإرادة، وهو شيء معنوي في قالب مادي لتحل محلها، انظر محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، المكتبة القانونية، ص.85، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.250.

[2]– رغم أن القانون الروماني لم يكن معنيا في بداية الأمر بالعدالة عندما يكون التصرف معيبا أو كانت الإرادة معدومة أو انعدم السبب أو كان غير مشروع، غير أنه طبق فكرة الإثراء بالنسبة للتصرف الصحيح شكلا ولكنه معيب، وكان ذلك بواسطة دعوى يسترد المدين ما دفع وكانت تسمى CONDECTIO INDIBILI، كما كانت له دعوى أخرى عند تخلف المتعاقد الآخر عند تنفيذ التزاماته وهي CONDICTIO SINE CAUSE، كما نص قانون الشعوب على دعوى أخرى هي الدفع بالغش لصالح المدين، محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص.86.

حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012– 2013، ص.11.

أخرى من العقود حيث ظلت الشكلية هي السمة البارزة وهي الأصل بينما بقيت الرضائية هي الاستثناء[1].

وكما رأينا فإن سيادة المعتقدات والطقوس الدينية هي التي ساهمت بقسط وافر في شكلية العقود، إذ لا يكفي لإبرام العقد مجرد توافق لإرادتين بل لا بد من إجراءات أخرى شكلية حتى ينعقد العقد[2]، ومن ثم جاءت القاعدة الرومانية القديمة والتي تقتضي بأن "الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى"[3].

وكنتيجة لهذه الشكلية أصبح المدين يلتزم لمجرد احترام الشكلية المرسومة للالتزام بغض النظر عن صحة الالتزام من عدمه، ولا فيما إذا كان السبب مشروعا أو غير مشروع، حيث أن صحة الالتزام تستمد من شكله لا من موضوعه[4].

وفي ظل سيادة الشكلية، فإن الأفراد اطمأنوا إليها نظرا لما قدمته من فوائد، منها إمكانية إثبات وجود العقد المبرم بين الطرفين في حالة وجود نزاع حول وجود عقد ما من عدمه، كما أنها كانت تناسب الاحتياجات البسيطة للأفراد في ظل اعتماد المجتمع الروماني على الاقتصاد الزراعي[5].

---

[1]- محمد الشرقاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996، المنشورات الجامعية المغاربية، مراكش، ص.58.
صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.9.

محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، الطبعة الخامسة، 1963، ج.1، ص.258.

Le pointe et Monnier : Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, 1954, P 181, ''Le roi romain, disent- ils, malgré ses adoucissements certains, ne s'est jamais départi de l'exigence des moules formalistes, les quelques exceptions que l'on trouve demeurent des exceptions très limitées'' Gaston May : Eléments de droit romain, 9ed, Paris, 1907, no 154, P 757.

[2]- زهدي يكن، تاريخ القانون، ط.3، 1969، دار النهضة العربية، بيروت، ص.243.

[3]- نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.13.

[4]- المختار عطار، قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، 1999، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص.32.

[5]- محمد بونبات، نظرية الظروف الطارئة بين الأخذ والرد في المغرب، 1999- 2000، سلسلة آفاق القانون(3)، ص.5 و6.

لكن ومع اتساع رقعة الإمبراطورية الرومانية، وانفتاحها على المجتمعات الأخرى وتنوع اقتصادها من زراعي إلى تجاري، ظهرت الحاجة إلى تحرير العقود من قيود الشكل وذلك استجابة للاحتياجات المستجدة، وتلبية للمعاملات التي أصبحت تتطلب السرعة في التنفيذ، فأصبحت الشكلية وإن كانت تحقق الاطمئنان بالنسبة لعاقديها، إلا أنها أصبحت لا تساير التطور الذي حصل في المعاملات التجارية والاقتصادية، ولا تلبي الاحتياجات المتجددة، فأصبحت لا تفي بالغرض المطلوب، وصارت عبئا يجب التحرر منه تدريجيا، فأصبح من الواجب التمييز بين الشكل والإرادة في العقد[1]، فظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية، وهي العقود التي لا تنعقد إلا بتسليم العين محل العقد وهي القرض، والعارية، والوديعة، ورهن الحيازة، وعقد الائتمان، ثم ظهرت العقود الرضائية والتي أصبحت تنعقد بمجرد تبادل الإيجاب بالقبول، وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة، كما ظهرت أيضا العقود غير المسماة وهي المقايضة، والقسمة، والصلح، ثم العقود الشرعية وهي الهبة وعقد المهر[2]، فأصبح للإرادة دور فيما يخص العقود الرضائية وكذا بعض العقود الأخرى والتي عرفت بالعقود البريطورية والعقود الشرعية[3].

ويرى بعض الفقهاء[4] أن الإرادة في حد ذاتها لم تكن كافية لإجراء التصرف في القانون الروماني ولم يعتد بها حيث بقيت إلى جانب مبدأ الشكلية "يتصارعان"" إلى أن كتبت الغلبة لها في نهاية تطور القانون الروماني على يد البريتور[5]، وقد اعتبر الفقهاء الرومان ابتداء من العصر العلمي التراضي ركنا رئيسيا في كل العقود، غير أن دوره يختلف تبعا للتقسيمات المختلفة للعقود.

---

[1]- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، طبعة 1973، دار النهضة العربية، بيروت، ص.42.

[2]- عبد المنعم فرج الصدة،المرجع السابق، ص 42، أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.357 فما بع

[3]- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الوردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ماجستير، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.21.

[4]- صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.63.

[5]- صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.154.

ففي العقود العينية[1]، ينشأ العقد بالتراضي ولكن لا ينشأ الالتزام أي ترتيب العقد أثره الناقل للملكية إلا بالتسليم، لأن القانون يشترط بالإضافة إلى التراضي تسليم الشيء محل الالتزام، وهو لا يحل محل التراضي في إنشاء الالتزام أو التلفظ بالإجراءات المقررة، أما في العقود الرضائية و هي العقود التي لم تستوف الشكلية المطلوبة فالتراضي كان يعتد به لنشأة الالتزام فحسب[2]، وكان هذا نتيجة تطور المجتمع حيث أصبحت الشكلية تمثل عقبة في مجال التعاقد، ولذلك عمل البريتور على حماية الاتفاق المجرد من الشكل، حيث اعتبر تطبيقا أخلاقيا وهو فكرة حسن النية BONA FIDES، والتي كانت تعد أساسا لفكرة العدالة[3]، وأصبح بإمكان المتعاقدين رفع دعوى حسن النية ACTIO BONA FIDES من أجل كفالة احترام الاتفاقيات المبرمة.

الفرع الثاني: ظهور الرضائية بجانب الشكلية

مما سبق ذكره يمكن القول بأنه، وبداية من عهد الإمبراطورية السفلى، ظهر مبدأ الرضائية في العلاقات التعاقدية إلى جانب الشروط الشكلية حيث أصبح التراضي ركنا شكليا في كل العقود حتى الشكلية منها، وكان يشترط فيه ألا يكون معيبا وأن يكون حقيقيا.

ففي عهد الإمبراطورية السفلى أصبح الاتفاق يستعمل كمرادف لتعبير العقد بعد أن استعمل مصطلح الاتفاق على كثير من صور التعاقد (العقود الرضائية التي لم تستوف الشكلية، العقود غير المسماة، الاتفاقيات البريتورية) فأصبح الاتفاق قادرا على إنشاء مركز قانوني معين يحميه القانون [4]EX PACTOJUS.

كما أصبح بإمكان المتعاقدين تعديل مضمون العقد عن طريق الاتفاق المقترن بالعقد Le pacte adjoint، وأصبح يعتد بالإرادة الحقيقية لدى تفسير النصوص التشريعية أو

---

[1] –وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة، أنظر في ذلك: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.75.

[2]– صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.80.

[3]– عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.195.

[4]– عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.202.

تفسير التصرفات القانونية، وأصبحت العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، ومن ثم تعطى الأولوية للإرادة عند تعارضها مع الشكل[1].

وكانت النتيجة مما سبق أن تغلبت الإرادة على الشكلية في عصر الإمبراطورية السفلى، حيث عرفت تطبيقات لها أكثر مما سبق، وكان ذلك نتيجة تطور المجتمع واحتكاكه بالمجتمعات الأخرى كالثقافة اليونانية، وكذا ازدياد حجم المعاملات والمبادلات التجارية مع الشعوب التي خضعت لحكم الإمبراطورية الرومانية بعد توسعها، وقد ساهم البريتور تحت ضغط كل ما سبق أن صاغ هذا المبدأ في صورة مبدأ عام وأوجد له تطبيقات متعددة[2].

وكخلاصة لما سبق ذكره، نستنتج أن الإرادة المجردة لم يكن لها وجود في العصر القديم للقانون الروماني كنتيجة حتمية لما كان يتميز به المجتمع الروماني في ذلك من بساطة وتبادلات محدودة جدا، غير أنه وبعد تطور المجتمع الروماني كنتيجة للحروب التي خاضها مع الشعوب الأخرى، ونتيجة الاحتكاك بالمجتمعات الأخرى وبروز أفكار جديدة كالعدالة والصدق في المعاملات والأمانة وحسن النية أن أدى ذلك إلى بروز علاقات اجتماعية جديدة وأفكار تلائم هذه المرحلة، والتي أصبحت تنادي بوجوب تحرير المعاملات من القواعد الجامدة، التي كانت تسود المجتمع الروماني.

وقد رأينا أنه، وكنتيجة لهذه التطورات المتلاحقة، أصبحت الشكلية مجرد عثرة أمام المعاملات، فبرزت الملامح الأولى للإرادة باعتبارها عنصرا هاما إلى جانب الشكلية، وكان

---

[1]– وقد هاجم الفقيه شيشرون الشكلية في مجال التفسير عندما صرح بقوله أن "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص هو مغالاة في الظلم"، أشار إلى ذلك عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.204.

و قد تأكد هذا المعنى بصدور دستور الإمبراطور ليون عام 472 والذي غلب المعنى على اللفظ بحيث أصبحت الشكلية ثوبا خارجيا تلبسه الإرادة، مصطفى حتيتي وعبد الرحمن أسامة، النظرية العامة للالتزامات، أنواع الالتزامات، مصادر الالتزامات، طبعة 2004، ص.48، بدون مكان نشر.

[2]– وقد كان ذلك نتيجة الدور الهام الذي قام به البريتور من أجل تطوير القانون الروماني حتى يتلاءم مع المستجدات، وكذا مقتضيات المعاملات الجديدة حيث حاول التخفيف من الشكلية التي كانت تسيطر على القانون الروماني ضمن سلطات وظيفته، السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.ص.252، 253.

ذلك عن طريق البريتور، وكان من نتيجة ذلك ظهور طائفة من العقود كانت تعرف بالعقود الرضائية المقترنة ببعض الشكليات[1]، وقد رأينا كيف أن ذلك توسع ليشمل كل أنواع المعاملات فإلى جانب القالب الشكلي، كان للإرادة دوره في إنشاء الالتزامات، بل تعداه ليشمل أيضا إنهاء كافة الالتزامات، وبذلك حل العقد محل الاتفاق وأصبح للإرادة دور واسع ليس فقط في إنشاء التصرفات القانونية، بل وفي تعديل شروطها وآثارها أيضا، وأصبح يعتد بالإرادة الحقيقية وليست الظاهرة، ولقد كان لهذا التطور الملحوظ الذي أخذ بعين الاعتبار دور الإرادة في إجراء التصرفات أن برز أكثر فأكثر خلال العصور الوسطى كما سنرى لاحقا.

المطلب الثالث: تأثير الوازع الديني كأساس للالتزام التعاقدي في ظل القانون الكنسي

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يعني عدم خضوع إرادة الفرد إلا لما تنشؤه بنفسها، أو هي قدرة الإرادة على إنشاء الالتزامات الإرادية[2]، إلا أن هذا المبدأ لم يبدأ في الظهور بقوة إلا في ظل مبادئ القانون الكنسي التي كانت تدافع بقوة على مبدأ الوفاء بالعهود، تطبيقا لما تمليه عليها مبادئ الدين المسيحي، أما قبل هذا التاريخ، أي في ظل القانون الروماني، فقد رأينا كيف أن صحة الاتفاقات إنما كانت تنبثق من ضرورة احترامها للشكليات المنصوص عليها قانونا والمتعارف عليها، وضرورة إفراغ الإرادة فيها حتى تنتج آثارها[3]، وبذلك يكون الرومان قد عرفوا تطبيقات لعقود كان للإرادة فيها دور إلى جانب الشكلية، لكن دون أن

---

[1]- وهي العقود التي كانت تنشأ بالتراضي لكن إلى جانب ذلك يجب أن يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه سواء بنقل ملكية شيء أو تسليمه أو أداء عمل، صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.81، 82.

[2]- (E). Gounot, op.cit , P.2.

[3]- (G). Ripert (J) Boulanger. Traité de droit civil, Tome II. (L.G.D.J), Paris, 1957, P.16.
حياة ادغوغي، حدود مبدأ سلطان الإرادة في القانون الاجتماعي المغربي (علاقة الشغل الفردية)، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2002- 2003، ص.80.

يضعوا لها قاعدة عامة كما رأينا[1].وقد تميز العهد الكنسي فيما يتعلق بالتعهد أو الاتفاق، اعتباره بمثابة واجب أخلاقي تمليه القواعد والمبادئ المسيحية، فالشخص الذي لا يحترم تعهده يعد مرتكبا مخالفة لهذه المبادئ، ومن ثم يتعين معاقبته وفق ما تمليه هذه القواعد الدينية.

ولتوضيح موقف القانون الكنسي من العلاقات القانونية بين الأفراد، نبين فيما يلي طبيعة العلاقات القانونية في العهد الكنسي في هذه الفترة، وموقف رجال الدين منها (الفرع الأول)، ثم التطور الذي شهدته هذه العلاقات خلال هذه الفترة وتحولها من مبدأ أخلاقي إلى مبدأ قانوني في نهاية المطاف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العلاقات القانونية في ظل القانون الكنسي، وموقف رجال الدين منها

بعد أن نبين مفهوم العلاقات القانونية بين الأفراد في ظل القانون الكنسي (أولا)، نبرز موقف رجال الدين من هذه العلاقات (ثانيا).

أولا: مفهوم العلاقات القانونية بين الأفراد في ظل القانون الكنسي

بالرجوع إلى نصوص العهد القديم للتوراة[2]، لم يكن هناك وجود لمبدأ سلطان الإرادة، وكان إذا تعهد الفرد كان يتم التمييز بين علاقة الفرد بربه، وعلاقته بغيره من الأفراد، فإذا تعلق الأمر بعلاقة الفرد بربه، ونذر نذرا أو أقسم قسما أي تعهد، كان يجب عليه أن يفي بتعهده وإلا عد ذلك خطيئة[3]، أما إن تعلق الأمر بعلاقات الأفراد فيما بينهم المجردة من الشكل، فقد تميز هذا العهد أيضا بوجوب احترام ما يتلفظ به الفرد في العلاقة مع غيره من الأفراد، وإلا اعتبر شريرا أو فاسدا.

وفي عهد الإنجيل، فقد سار على نفس الدرب، حيث دعا المسيح أتباعه بضرورة احترام التعهد وتحاشي القسم مخافة أن يحنث به صاحبه فيكون شريرا، وليكن كلام الفرد نعم

---

[1]– أنظر المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول أعلاه.

[2]– الكتاب المقدس، العهد القديم، دار الكتاب المقدس، ص.ب.724، القاهرة، أشار إليه عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.208.

[3]– سفر التثنية، الأصحاح 23 آية، أشار إليه عادل مصطفى بيسوني، المرجع السابق، ص.208.

نعم، بخلاف اليهود الذين كانت تسمح لهم التوراة باستعمال اليمين أو القسم لتأكيد تعهداتهم[1].

لذلك فإن ما كان يميز العصر الكنسي هو ظهور مقدمات للأخذ بعين الاعتبار تعهد الشخص، حيث كان دور الكنيسة هو جعل حرية الفرد سببا للزوم العقد، وقد جرت عادة رجال الدين في هذه المرحلة أن يقسم كل من المتعاقدين على احترام عقده حتى ولو لم يفرغ في شكل مخصوص، فإذا حنث في يمينه ولم يحترم العقد اعتبر ذلك خطيئة، ولقد كانت هذه خطوة أولى في سبيل احترام الإرادة.

وفي تطور لاحق اعتبر الحنث باليمين خطأ يبرر المسؤولية المدنية للعاقد الحانث، فدل ذلك على أن التراضي هو سبب وجود العقد، وقد كان هذا مؤشرا على أن الكنيسة مهدت الطريق لإعطاء الطرف الآخر الحق في رفع دعوى مدنية ضد العاقد الذي لم يحترم ما التزم به بإرادته، ورغم هذا التطور الملموس في الوصول إلى الإقرار بدور الإرادة في إنشاء الالتزام، إلا أن الكنيسة لم تضع مبدأ عاما فحواه التراضي كركن في العقد، كما أن الشكلية استمرت تلازم البعض من العقود[2].

---

[1]– أنظر الأصحاح الخامس من انجيل متى، آية من 23 إلى 37.

[2]– محمد عبد الحليم، محاضرات في الشريعة الإسلامية، موقف الفقه الإسلامي من نظرية الالتزامات، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 1975– 1976، ص.145.

ثانيا: موقف رجال الدين من العلاقات القانونية بين الأفراد

لقد كان المسيح يدعو أتباعه إلى ضرورة تحاشي القسم حتى لا يحنث به صاحبه، كما أكد ذلك آباء الكنيسة من وجوب احترام التعهد وإلزام كل متعهد للغير بتنفيذ التزامه، إلا إذا كان محل التعهد واقعة غير مشروعة، أو تغيرت ظروف التعاقد[1].

وقد أكدت على ذلك المجامع الكنسية[2]، وهي إحدى المصادر الرئيسية لقواعد القانون الكنسي، حيث تبنت هذه المجامع ضرورة احترام التعهد، بمعنى أنها قررت وجوب احترام الاتفاق المبرم، حتى ولو لم يستوف أحد الأشكال التي يعرفها القانون المدني، أو حتى ولو لم يكن مقترنا بيمين تعهدية.

وفي تطور لاحق سوى البابا بين اليمين التعهدية والاتفاق البسيط، حيث أكد على ضرورة تنفيذ كل منهما، كما قرر لأول مرة جزاءا مدنيا يتمثل في تعويض الطرف المضرور إلى جانب الجزاء الديني[3]، وفيما يخص دور الإرادة في إجراء التصرفات، فقد جاء في هذه النصوص ما سبق ذكره من وجوب تحاشي الكذب، فمن لا يحترم عهده يرتكب كذبا، ومتى كانت الأقوال مطابقة للحقيقة فإنها تؤخذ كما لو كانت مصحوبة بيمين تعهدية.

ويفهم مما سبق ذكره، أن التعهد كان يطغى عليه الطابع الأخلاقي بضرورة احترام الإرادة، لكنه لم يصل بعد إلى درجة القاعدة القانونية، فالاتفاق المجرد لم يكن ليولد التزاما قانونيا حتى يحمى بدعوى.

---

[1]– عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.214.

إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول في أحكام العقد، الجزء الأول، أركان العقد) ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.51.

[2]– Les législations conciliaires.

[3]– عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.219، وقد صدر في هذا المعنى مرسوم جراتيانGratien في الفترة ما بين عامي 1140 و1151، وكان يمثل تقنينا للمراسيم والقرارات الصادرة عن الكرسي البابوي، وكذا المجامع الكنسية، وكان بمثابة تقنين لمبادئ وقواعد القانون الكنسي، والتي كانت لها قيمة علمية معتبرة في ذلك الوقت، أنظر أيضا:
Durmand, Histoire de droit canonique, Dijon, 1770, P.223.

أشار إليه في الهامش عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.220.

الفرع الثاني: تطور العلاقات القانونية بين الأفراد في ظل القانون الكنسي وتحولها من مبدأ أخلاقي إلى مبدأ قانوني

بعد أن نبرز تطور العلاقات القانونية بين الأفراد في ظل القانون الكنسي (أولا) ننظر كيف تحولت من مبدأ أخلاقي إلى مبدأ قانوني (ثانيا).

أولا: تطور مفهوم العلاقات القانونية بين الأفراد في ظل القانون الكنسي

بداية من القرن الرابع عشر بدأت العلاقات القانونية في ظل القانون الكنسي تعرف تطورا ملحوظا واستقرارا ، وكنتيجة للمحاولات الفقهية المتتالية منذ بداية القرن الثاني عشر أصبح من الضروري دعم الاتفاق المجرد بما يكفل الحماية القانونية للمضرور، حيث تقرر حماية هذا الاتفاق إما بواسطة دعوى مدنية، والتي بموجبها يكون في مقدور المتضرر أن يطالب بالتعويض المدني، وإما عن طريق إلزام المخطئ بالاعتراف بخطئه، حيث كان من شأن هذا الاعتراف أن يمهد للمضرور بأن يطالب بالتعويض ممن سبب له ذلك.

وتعتبر هذه الوسائل مستحدثة، والتي لم يكن لها مقابل في العهد الروماني حيث كان يسود مبدأ أن الاتفاق المجرد لا يولد حقا[1].

وبحلول القرن الخامس عشر ظهرت الملامح الأولى لمبدأ سلطان الإرادة في القانون الكنسي لدى كثير من الفقهاء الكنسيين[2]، فأصبح للإرادة دور هام، وكل من أبرم تعهدا يلتزم به، سواء كان التزاما طبيعيا، أو تمثل في التزام مدني، حيث سوى القانون الكنسي بينهما.

---

[1]– حيث كان القانون الروماني يشترط لحماية الاتفاق أن يستوفي أحد الأشكال التي أشار إليها، وهي العقد اللفظي، ومن أهم صوره الاشتراط، والعقد العيني ومن صوره التسليم، والعقد الكتابي ومن صوره الكتابة، وأخيرا العقد الرضائي، ويضاف لما سبق العقود غير المسماة، وهي التي يكفي فيها أن يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه حتى يتولد التزام في ذمة الطرف الآخر بالتنفيذ هو أيضا، لذلك كان هناك نوعان من الاتفاقات في القانون الروماني:

الأولى: وهي الاتفاقات المجردة من الشكل، وهذه كانت لا ترتب سوى التزاما طبيعيا.

و الثانية: وهي الاتفاقات الشكلية، وهذه كانت تحميها دعوى وترتب التزامات مدنية، عادل مصطفى بيسوني، المرجع السابق، ص.231.

[2]– رغم أنه كان هناك خصوم للمبدأ في هذه الفترة، حيث انتقدوا الدعوى كوسيلة للحماية، وانتقدوا أيضا الأسس التي قامت عليها، أنظر حجج هؤلاء الخصوم والرد عليه معادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.246.

ويستمد الالتزام عند الكنسيين مبادئة من تعاليم الدين المسيحي، هاته التعاليم التي يجب أن تقوم على مبدأ العدالة équité كفكرة أخلاقية، فالإرادة ليست مطلقة في تحديد آثار العقد، والمتعاقد ينبغي ألا يضمن العقد شروطا من شأنها استغلال الطرف الآخر، أو أن يحقق مصلحة على حساب مصلحة هذا الأخير، فيكون العقد غير عادل، لذلك يجب أن يكون هناك تعادل بين حقوق الفرد وواجباته أي بين ما يحصل عليه وما يقدمه للغير، وإلا أمكن إبطال العقد[1].

فالعدل إذن هو الرغبة في إعطاء كل ذي حق حقه، وهو يمارس عن طريق القانون، والذي تمثل العدالة فيه مصدرا للقاعدة القانونية[2].

ورغم المحاولات التي ظهرت في سبيل بلوغ هذا الهدف، إلا أن التحول الفعلي لمبدأ احترام التعهد لم يبدأ بصورة عملية إلا ابتداءا من القرن الثالث عشر، حيث تمت صياغة مبدأ احترام إرادة المتعاقدين بصورة مجردة من أية شكلية معينة في صورة قاعدة قانونية كما سنبين في حينه.

ونستعرض فيما يلي كيفية بروز بعض صور هذه المحاولات ابتداءا من القرن الثاني عشر والثالث عشر، ثم بداية ظهور الملامح الأولى لدور الإرادة في احترام التعهد والأساس الذي قام عليه هذا المبدأ في العهد الكنسي.

1- بروز محاولات لاحترام إرادة المتعاقدين بصورة مجردة من أية شكلية

لم يظهر مبدأ وجوب احترام الإرادة في ظل القانون الكنسي دفعة واحدة، ولكنه امتد خلال مراحل معينة تميزت بظهور محاولات فقهية ابتداء من القرن الثاني عشر، ومن بين هذه المحاولات ما قام به الفقيه Huguccio[3] وكان أول فقيه رأى بضرورة أن يولد التعهد التزاما يفرضه القاضي على المدين من أجل تنفيذه وإلا تعرض للجزاءات الكنسية كالطرد من رحمة الكنيسة، رغم أن الاتفاق المجرد لم يكن ليولد دعوى، وكان يستوي في ذلك الحنث

---

[1]- صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.ص.326، 327.

[2]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.257.

[3]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.224.

باليمين أو الكذب، وقد حاول من جانبه الفقيه Bernard de pavie[1] بضرورة الارتقاء بمبدأ التعهد المجرد من مبدأ أخلاقي إلى مبدأ قانوني، غير أنه لم يبين من خلال مجموعته التي جاء بها[2] وسيلة الحماية المقررة للدائن عند إخلال المدين بالتزامه.

2- المحاولات الفقهية الأولى لترتيب آثار قانونية على الاتفاق المجرد

ظهرت المحاولات الفقهية الأولى لترتيب آثار قانونية على مجرد الاتفاق ابتداءا من القرن الثاني عشر، غير أنه وبداية من القرن الثالث عشر، رتب رجال الكنيسة و فقهاؤها على الاتفاق المجرد آثارا قانونية، حيث أصبح هذا الاتفاق قادرا على حماية الدائن مما قد يسببه المدين من ضرر عند إخلاله بالتزامه، غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا حول الوسيلة اللازمة لهذه الحماية، فمنهم[3] من نادى بوجوب حماية الاتفاق المجرد بواسطة دعوى، وفريق آخر[4] يرى بأن الحماية يجب أن تتضمن اعتراف المخطئ بخطئه وبالتالي تعويض المضرور.

2 .1- حماية الاتفاق المجرد بواسطة دعوى

وقد نادى بهذه الوسيلة مجموعة من الفقهاء في ذلك العصر[5]، وبذلك حل الجزاء المدني محل الجزاء الديني، وأصبح بإمكان الدائن في حال إخلال المدين بالتزامه، التنفيذ

---

[1]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.225.

[2]- والتي كانت تسمى CompilatioPrica.

[3]- وهو الفقيه Johannes Teutencius الذي كان أول من دعا إلى حماية الاتفاق المجرد بواسطة الدعوى سنة 1212، وذلك في مؤلفه La glosse ordinaire crituractie حيث أقر بأن الاتفاق المجرد يولد دعوى ex nudopacto.

Capitant : De la cause des obligations, Paris, 1923, P.126.

عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.228 في الهامش.

[4]- وكان يتزعمه البابا 4 Innocent وهو ما كان يعرف بالاعتراف الكنسي. أنظر:

Vacant : dictionnaire de la théologie, Paris, 1899, P.25

عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.228.

[5]- من بين هؤلاء الفقهاء:

Johannes Teutoncius, Geffredus de Trano, Bernard de Parme, Hostiensis, Vincent De Beauvais, Hostiensis, Guillaume Durand.

الجبري أمام المحاكم الكنيسة[1]، وهذا بخلاف ما كان معروفا لدى الرومان من أن الاتفاق المجرد لا يولد دعوى[2]، فما قيمة العمل الإرادي إذا لم يوضع موضع التنفيذ.

2.2- اعتراف المخطئ بخطئه كوسيلة لتعويض المضرور

يعتبر اعتراف المخطئ بخطئه وسيلة أخرى لحماية الاتفاق المجرد وفسح المجال للمخطئ للاعتراف بخطئه، ومن ثم تعويض المضرور عما لحق به من ضرر وإلا تعرض المخطئ إلى الطرد من رحمة الكنيسة.

وقد نادى بهذه الوسيلة الفقيه Innovent 4 في القرن الثالث عشر، حيث كان يرى بوجوب أن يذهب المضرور شخصيا للمخطئ وأن يذكره بخطئه، ثم يطلب منه الاعتراف به، ويكون ذلك بمفرده أولا ثم أمام الشهود وإلا رفع الأمر لسلطة الكنيسة[3].

وقد عرفت قواعد القانون الكنسي بعض تطبيقات مبدأ العدالة، منها أنه من حق القاضي تخفيض مبلغ التعويض بما يتناسب مع الضرر، ومنها أيضا تبني نظرية الظروف الطارئة، ووجوب احترام الاتفاق المجرد تطبيقا لمبدأ العدالة[4].

ثانيا: تحول العلاقات القانونية بين الأفراد من مبدأ أخلاقي إلى مبدأ قانوني

لقد حاول فقهاء القانون الكنسي ابتداء من القرن الثاني عشر الانتقال بالعلاقات القانونية بين الأفراد من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون، ومن اعتبار الواجب الأخلاقي الذي يفرض على الفرد احترام تعهده في شكل التزام قانوني، والذي بموجبه يلتزم المتعهد بوجوب احترام تعهده، وقد تحقق لهم ذلك ابتداءا من القرن الثالث عشر، حيث توصلوا إلى صياغة

أنظر: أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.449 في الهامش.

أنظر أيضا عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.228 إلى 236.

[1]– وكان يستثنى من ذلك الاتفاق الذي يعرض المتعهد للخطر أو يسبب ضررا للغير أو مناف للأخلاق أو يتم تحت تأثير التدليس لعدم سلامة الرضا أنظر عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.231.

[2]– EX Nudepactoactio non nasciture.

[3]– عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.239.

[4]– حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص. 80.

Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1935, P.120.

مبدأ احترام إرادة المتعاقدين مجردة من أي شكل في صورة قاعدة قانونية تكفل حماية هذا الاتفاق المجرد في صورة دعوى تمكن الدائن من التنفيذ الجبري أمام المحاكم الكنسية، وهذا يعني الانتقال بمبدأ احترام إرادة المتعاقدين مجردة من أي شكل، من فكرة الجزاء الديني إلى فكرة الجزاء المدني، فأصبح الاتفاق المجرد قادرا على ترتيب آثار قانونية[1].

ورغم الصعوبات والعقبات التي كانت تعترض إقرار هذا المبدأ تشريعيا، إلا أن هذه المحاولات كانت تمثل اللبنة الأولى في إنشاء مبدأ سلطان الإرادة، والذي شكل بداية تطور جديد في الميدان القانوني ساعد على تمهيد الطريق لإقرار المبدأ واستقراره ضمن قواعد القانون.

لقد كان فقهاء القانون الكنسي أول من أسسوا مبدأ وجوب إخضاع الإرادة لقوة القانون وكان ذلك في شكل قاعدة أصولية مؤداها أن "الاتفاق المجرد يولد دعوى، مما يعني أن مجرد توافق إرادتين ينشئ التزاما قانونيا، وتلك هي الفكرة الأساسية التي يبنى عليها مبدأ سلطان الإرادة[2]، والتي مهدت لاحقا لظهور مبدأ الرضائية في العقود، وبروز سلطة الإرادة شيئا فشيئا كجوهر أساسي، سواء في تكوين العقد أو في تحديد شروطه أو في تنفيذه أو إنهائه[3].

المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في ظل انتشار المذهب الفردي وخصوصية المبدأ و نطاقه في الفقه الإسلامي.

ابتداءا من القرن السابع عشر وحتى أواخر القرن التاسع عشر، وفي ظل نشوء المذهب الفردي برز مبدأ سلطان الإرادة وبلغ ذروته فيما يتعلق بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف، مجردة من أي شكلية، وفي تحديد آثار العقد، فبرز مبدأ حرية التعاقد، والحرية في تحديد آثار العقد، أو ما يسمى بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذلك أصبح المبدأ يتكون من شقين: الأول وهو مبدأ الرضائية، والذي يجعل الإرادة وحدها مجردة من أية

---

[1]– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.449.

[2]– سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.64.

[3]– أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص. 48.

شكلية كافية لإنشاء التصرف بغض النظر عن الوجه الذي صدرت منه هذه الإرادة، والثاني وهو أن الإرادة صاحبة السلطان الأكبر في تحديد آثار التصرف.

وتقتضي دراسة مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذاهب الفردي، ومعرفة حقيقته وجوهره وتحديد مضمونه، البحث عن الجذور التاريخية لنشأته، والظروف التي أدت إلى ظهوره، حتى يمكن فهم المبدأ على حقيقته، وقد كان لبروز مجموعة من الأفكار الفلسفية، وكذا تأثير الظروف الاقتصادية والسياسية، والتي برزت بقوة منذ نهاية القرن السابع عشر، وحتى القرن التاسع عشر في أوروبا، الدور البارز في بلورة هذا المبدأ تماشيا مع ظهور مبدأ الحرية الفردية خلال هذه الفترة(المطلب الأول) لكن المبدأ اتسم بالوسطية في ظل أحكام الفقه الاسلامي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: بروز مبدأ سلطان الإرادة في ظل انتشار المذهب الفردي

لعل من العوامل التي ساهمت في بروز مبدأ سلطان الإرادة، ظهور مبدأ الحرية الفردية وسيادة مبدأ الرضائية (الفرع الأول)، وكذا تأثير الليبرالية الاقتصادية على ظهور المبدأ (الفرع الثاني)، وأخيرا تقنين المبدأ في ظل أحكام القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ظهور مبدأ الحرية الفردية وسيادة مبدأ الرضائية

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن بروز المذهب الفردي إنما جاء كنتيجة لتحرير الفرد من تعسف الحاكم واستبداده، وكرد فعل للاستبداد السياسي الذي ساد أوروبا في العصور الوسطى، فكان بمثابة الدرع الذي يحمي الفرد من طغيان الدولة[1]، وقد جاء هذا

[1]– نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، ط.1، 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.67، عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصري، 1984، ص.22، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.118.

المذهب بعد تدهور نفوذ الكنيسة وكذا القضاء على النظام الإقطاعي ونظام الطوائف في أوروبا[1].

وقد ظهر المذهب الفردي في أوروبا كنتيجة لعصر معين تميز برد فعل عنيف لما كان يعانيه الفرد من تحكم وتقييد لحريته، وقد ساعد في ذلك ظهور نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تدعو إلى إعلاء شأن حرية الفرد وإرادته، فيكون الأفراد أحرارا في نشاطهم الاقتصادي وفي معاملاتهم، ولا يرد على هذه الحرية أي قيد، حيث تقوم الإرادة بدورها الرئيسي، سواء في تكوين العقد أو في ترتيب آثاره، بمعنى أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر على التعاملات الاقتصادية، ومن شأن هذه الحرية أن تفتح باب المنافسة فيما بين الأفراد، فتتحدد قيمة الأشياء طبقا لقاعدة العرض والطلب، وبذلك تستقر الأسعار[2].

وكنتيجة لهذه العوامل المختلفة، أصبح العقد هو الصورة المثالية للعدل، وبأن من قال عقدا فقد قال عدلا[3]، وبأنه ينبغي أن نترك للمتعاقدين الحرية في تحديد شروط العقد وآثاره، وأنه يجب احترام هذه الحرية مهما كانت الظروف التي لازمت إبرامه، كما أنه يجب التضييق من دائرة النظام العام والآداب ما أمكن، وأنه "ليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة"[4].

وقد ساعد على ظهور المبدأ أكثر فأكثر ضعف تأثير الدين من جهة مقابل ظهور نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية مشبعة بروح الفردية، فالإرادة هي وحدها التي تنشئ

1- نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص82، توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط.2، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981، ص.151 وما بعدها، حسن كيرة، أصول القانون، مطبعة دار المعارف، 1960، القاهرة، فقرة 91، ص.199.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.144.

3- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.164.

4- "La force obligatoire du contrat n’a de fondement que la volonté"

جاك غيستانJ Ghestin، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 2000، ص.46.

العقد، وأن الإنسان غاية في ذاته، وأنه لا يجوز اعتباره وسيلة فهو ذو إرادة حرة، لا يلتزم إلا بإرادته فهي قانونه، وهي مصدر القوة الملزمة للعقد، وما يرد عليها من قيود ما هو إلا استثناء[1].

وقد بالغ بعض دعاة المذهب الفردي عند القول بأن الإرادة ليست المصدر الأول للالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد فحسب، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك، فاعتبروا الإرادة مصدرا أيضا لكل مصادر الالتزام الأخرى، بل وأنها مصدر كل النظم القانونية ومصدر لجميع الحقوق.

فالملكية تقوم على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها المادي، وعقد الزواج مبني على الإرادة، والميراث ما هو إلا وصية مفترضة، حيث يفترض أن المورث إنما يكون قد أوصى بإرادته بماله إلى ورثته[2]، وحقوق الأسرة سببها عقد الزواج الذي تسيطر عليه الإرادة، وطرق التنفيذ الجبري مصدرها الإرادة، حيث رضي بها المدين عند الاستدانة، والعقوبة الجنائية مصدرها الإرادة، حيث أن المجرم يكون قد ارتضى مقدما أن يوقع عليه الجزاء عند ارتكابه جرما[3]، والجنسية ما هي سوى نتيجة عقد مبرم بين المواطن والدولة، وأن الإرادة المنفردة مصدرها الإرادة الخالصة للشخص، وبها يلتزم تجاه الغير، كما أن العمل غير المشروع وكذا الإثراء بلا سبب إنما مصدره الإرادة الحرة للشخص، كما أن القانون عندما يرتب قاعدة ما، إنما يفترض في المخاطب بها أنه ارتضاها كالتزام في ذمته[4].

وقد كان للعوامل الاقتصادية الدافع الرئيسي وراء انتشار الروح الفردية، وبالتالي ازدهار مبدأ سلطان الإرادة خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، خصوصا بعد ظهور

---

[1]– شمس الدين الوكيل، دروس في العقد، ط.1، 1961، بدون دار طبع، ص.30.

[2]– خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.19.

[3]– TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LE QUETTE (Yves) : Droit civil, Les obligations, 6e édition, Dalloz, 1996, no 20, p.23.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.145، وكنتيجة للمغالاة في إسناد كافة الحقوق والالتزامات لمبدأ سلطان الإرادة، هاجم الكثير من الفقهاء هذه المغالاة بحكم ما تؤدي إليه من نتائج غير منطقية.

الشركات الكبرى ورؤوس الأموال الضخمة، فأدى اختلاف المواقع الاقتصادية للأفراد، إلى استغلال قوة البعض في التفاوض من منطق القوة المالية والاقتصادية التي يرتكزون عليها في فرض إرادتهم على إرادة الطرف الآخر الذي يفتقر إلى هذه القوة، فأدى ذلك إلى ظهور عقود تفتقر إلى مبادئ الأخلاق والرحمة والتسامح والعدل والتكافل الاجتماعي، بدعوى أن الفرد هو أفضل مسير لمصالحه، وأن قبوله التعاقد إنما هو تعبير عن قبوله للعقد، وهذا يمثل في نظرهم أسمى أنواع العدالة، وبعدالة هذا العقد تتحقق عدالة الجماعة[1]، والنتيجة أن أصبح العامل يتعاقد بمفرده مع صاحب العمل وبمعزل عن أي دعم أو مساندة، حيث وبحكم حاجته الماسة، يذعن للشروط التي تملى عليه بالرغم من قسوتها وظلمها له وليس له التذرع بأي وسيلة كانت لحماية مصالحه، أو مراعاة الظروف الصعبة التي أجبر فيها على التعاقد.

وسنرى فيما بعد، أن هذه الالتزامات الناشئة عن هذا النوع من العقود لم تكن لترتكز على محض إرادة المتعاقدين، ولكن أملتها الحاجة الماسة للطرف الضعيف للقبول بها تحت ظرف الحاجة، إذ ليس لهذا الأخير مناقشة ما ورد بها من شروط، ولقد ساهمت مجموعة من العوامل في بروز أفكار المذهب الفردي وكذا المبادئ التي كان ينادي بها في مجال الحرية الفردية، ومن بين هذه المبادئ، تأثير المبادئ الدينية والتوسع الاقتصادي.

فلقد كان لتأثير المبادئ الدينية، كالقانون الكنسي، الدور البارز في ظهور مبادئ المذهب الفردي[2]، فكان المتعاقد متى أقسم على احترام عقده، حتى ولو لم يفرغه في قالب معين أو في شكل مخصوص[3]، عد إخلاله به حنثا بيمينه، ومن ثم عد خطيئة دينية

[1]- E.GOUNOT, op.cit, P.67.

[2]- تميز الفقه الكنسي بمروره بثلاثة مراحل كان يقود في كل مرحلة من مراحله أحد القسيسين المسيحيين، وقد كانت أولى هذه المراحل في النصف الثاني من القرن الرابع، وقد تولاها القديس أمبروز، والمرحلة الثانية كانت مع بداية القرن الخامس، وكان يتزعمها القديس أوغستين، أما المرحلة الثالثة فقد أخذت مكانتها مع النصف الثاني من القرن السادس، وقد تشكل في كل مرحلة من هذه المراحل مبدأ سلطان الإرادة بشكل خاص به، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.17 في الهامش.

[3]- خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق، ط.1987، دار الأمان، الرباط، ص.45.

يستوجب معاقبته، ثم تطور الأمر إلى اعتبار مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية[1]، كما ساهم التوسع الاقتصادي والتجاري وزيادة المبادلات التجارية، بأن ظهرت الحاجة الماسة إلى نبذ كل ما يعيق هذه المبادلات من أشكال وأوضاع.

يضاف إلى ما سبق ذكره، زيادة تدخل الدولة، وبسط نفوذها، وتعهدها بحماية الاتفاقات التي تنشأ بين الأفراد، إعمالا لمبدأ وجوب استقرار المعاملات التي تتم بين الأفراد[2].

الفرع الثاني: تأثير الليبرالية الاقتصادية على ظهور المبدأ

لقد كان لظهور الليبرالية الاقتصادية بقوة في أوروبا الدور الحاسم في بروز مبدأ سلطان الإرادة بصورة جلية، وكان ذلك عند ظهور طبقة التجار في أوروبا (أولا)، وتقديس الفلسفة الفردية جمع الثروة (ثانيا)، ثم تراجع دور الكنيسة (ثالثا)، وأخيرا تأثير أفكار المذهب الفردي على مفهوم العقد (رابعا).

أولا: ظهور طبقة التجار في أوروبا

لم تعرف أولى بوادر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني إلا في مراحله الأخيرة[3]،كما رأينا ولم يظهر بصورة جلية إلا في أواخر العهد الكنسي وبداية ظهور المذهب الفردي.

وقد كان المجتمع الأوروبي مجتمعا ريفيا محضا يعيش على الزراعة بغرض تحقيق الاكتفاء الذاتي، وقد ساد نظام الإقطاع، كما ظهرت طبقة التجار في أوروبا، والتي اندفعت إلى المغامرة والقرصنة، وهذا بشن الغارات من أجل تحقيق أطماعهم، وكان ذلك بمباركة

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص.143.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص.145.

[3]- صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.30، محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص.27.

رجال الكنيسة، فنشأت الحروب الصليبية[1]و التي اتخذت المسيحية ستارا لها، في حين كان الغرض منها هو نهب خيرات وأموال الدول والشعوب الأخرى[2].

وقد أصبحوا يتمتعون بحرية البيع والشراء وإبرام الصفقات من أجل تحقيق الربح، ومن أجل ذلك تحقق لهم نوع من الاستقلال بغرض التحرر، وقد تحكموا في العرض والطلب، وفي الأسعار بحكم احتكارهم للتجارة[3].

ولم تكن التجارة قائمة على أسس واضحة بين أطراف متكافئة، حيث كانت أقرب إلى السيطرة بالقوة منها إلى التعامل النزيه، فكانوا يقومون بالنهب والسلب بكل الوسائل الممكنة ليمارسوا التجارة، وهذا بقصد تصريف السلع والبضائع التي تحصلوا عليها.

وكانت هذه بوادر ظهور النظام الرأسمالي فيما بعد، والذي كان امتدادا لسابقه، حيث بنى إمبراطورتيه على النهب والسلب، وهذا بعد ظهور مرحلة الاستعمار الذي نهب ثروات الشعوب الأخرى في إفريقيا وآسيا على الخصوص.

ولقد ساهمت العوامل الدينية والاقتصادية والسياسية كلها في ظهور مبدأ سلطان الإرادة خصوصا خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فجاء التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 مشبعا بمظاهر هذه الروح الرأسمالية[4].

وبفضل احتكار التجار للحركة التجارية والاقتصادية، وعدم المنافسة، أصبحوا يتحكمون في دواليب السلطة من أجل توجيهها إلى ما يحقق مصالحهم، كل ذلك تحت

---

[1]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.126.

[2]– وقد أقاموا من أجل ذلك أسواقا تحولت فيما بعد إلى قلعة أو برج، فسموا بأهل البرج أو البرجنسس Burgeneses ومنه جاءت كلمة "البورجوازية" والتي أصبحت تعني "رجال الصناعة والتجارة"، أنظر رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.126.

[3]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.127.

[4]– ثروت الأسيوطي، المرجع السابق، ص.41.

غطاء مبادئ القانون الطبيعي من جهة، ودور الكنيسة من جهة أخرى[1].

ورغم أن الكنيسة حاولت التدخل لمنع الغش في التجارة وتحقيق العدالة، مثل تحديد سعر ثابت وهو ما يسمى بالثمن العادل، وتحريم الربا، إلا أن هذا التدخل كان يصطدم بالحرية التعاقدية التي كان يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة[2].

وقد تحايلت طبقة التجار على مبادئ الكنيسة، بأن أباحت الربا بدعوى أن التاجر الذي يجتهد ليحصل على الربح بجهده واجتهاده، إنما يفعل ذلك من أجل تحقيق إرادة ومشيئة الله، أما الفقير فهو صورة نموذجية للكسل، ثم ما المانع من أن يتفاوت الناس من حيث الثروة، فيكون بينهم الغني والفقير، وهذه سنن الكون، ثم أن الناس ولدوا أحرارا ليعيشوا كذلك، فلا ينبغي أن تقيدهم قيود أو تحدهم حدود[3].

ثانيا: تقديس الفلسفة الفردية جمع الثروة

رغم أن الفلسفة الفردية استطاعت أن تقيم إمبراطوريتها على تسخير مجموعة من المبادئ والقيم، كالدين والقانون والاقتصاد لخدمة مصالحها، إلا أنها بنت إمبراطورتيها دون أي اعتبار للمصلحة العامة، وقد وضعت لذلك مبدأ "دعه يعمل دعه يمر"، أي ترك الأمور تسير بكل حرية دون أي اعتبار للقيود، ومنه فالقانون يجب حصره في أضيق نطاق، لأنه يعرقل سير المذهب الفردي ويقيد من طموحاته، ويقلص من مجال الحرية الاقتصادية، ولذلك كان المذهب الفردي معبرا بحق عن المصلحة الفردية المحضة، بغرض الحصول على الربح وبأي ثمن، ولو ترك الناس أحرارا في أنشطتهم الاقتصادية فإن الأسعار سوف تتحدد تلقائيا عن طريق المنافسة، والعرض والطلب، وليس بواسطة الدولة، ولذلك ينبغي

---

[1]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.128.

[2]– عبد الحميد الغزالي، محاضرات في الاشتراكية، بدون دار نشر أو تاريخ نشر، ص.85.

[3]– HENRI SEE, Les origines du capitalisme moderne, 3e édition, Paris, 1936, p.47.

فسح المجال للإرادة وحدها في الميدان الاقتصادي، كما أن المنافسة الحرة من أجل تحقيق المصالح الشخصية، ستؤدي في الأخير إلى تحقيق المصلحة العامة[1].

فالإرادة هي قانون التعاقد الذي يلتزم الجميع باحترامه بما في ذلك القضاء، لأن الإرادة لا يمكن أن تخطئ في تحقيق التوازن العقدي[2]، ودور القانون إنما هو حماية هذا الحق، وليس أن يتدخل في شؤون الأفراد، فهو "شر يجب حصره في أضيق نطاق"[3]، وقد تأثرت بهذا المفهوم جل القوانين الغربية، ومن أهمها القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 حيث تنص المادة 1134 منه "الاتفاقات المبرمة بوجه شرعي، تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها"[4].

وقد تأثرت التشريعات المدنية في العالم العربي إلى حد كبير بالقانون المدني الفرنسي، حيث اعتنقت المبدأ دون التصريح باعتناقه، فنصت المادة 106 مدني جزائري "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[5].

---

[1]– علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.24.

حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. ص.11 و12.

[2]– E.GOUNOT, op.cit, p.27.

[3]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.120.

[4]"– Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorisé".

[5]– وقد تبنى المشرع الجزائري المبدأ في نص المادة 43من دستور 6 مارس 2016، والتي جاء فيها "حرية الاستثماروالتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون"، وقد جاءت هذه المادة في الفصل الرابع المعنون بالحقوق والحريات من الباب الاول المعنون بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري.

ثالثا: تراجع دور الكنيسة

رغم أن الكنيسة في بداية عهدها لعبت دورا بارزا في محاربة الغش في التجارة، والحيلولة دون تراكم الثروة، وذلك عن طريق تحديد سعر ثابت، أو ما يسمى بالسعر العادل وتحريم الربا، إلا أن أفكار الكنيسة هذه سرعان ما تراجعت لاحقا تحت تأثير مجموعة من العوامل، حيث أن طبقة التجار تحايلوا على نصوص الكنيسة، فاعتبروا أن مبادئ الكنيسة هاته تعتبر تدخلا في الإرادة الفردية التي ينبغي أن تعهد إليها مطلق الحرية في تحديد الثمن دون أي اعتبار للعدالة، لأن ذلك هو الاختيار الإلهي[1]، ففسر أصحاب المذهب الفردي مبادئ الكنيسة تفسيرا أنانيا بدعوى تشجيع روح الاستقلال والبحث عن المغامرة، وهذه تستلزم احترام إرادة الفرد واحترام حريته.

ولقد كان لهذه الأفكار تأثير بالغ على الكنيسة التي سبق وأن حرمت الربا، بأن تراجعت وأباحته تحت تأثير طبقة التجار[2]، وأن الله خلق الغني والفقير، وأن التاجر الذي يحرص على تكديس الثروة والربح إنما يصل إليه بجهده واجتهاده، وهو بذلك يحقق رغبة الله ومشيئته، أما الفقير ففيه شبهة الكسل، وأن الكسل إهانة لله، وما ذنب التاجر إن حصل على ربح وفير أعلى بكثير من أجر العامل البسيط[3].

والواقع فإن هذا التبرير الواهي، إنما كان يمثل بحق صورة من صور السفسطة، لأن فيه تحوير لمبادئ الكنيسة بما يخدم مصالح طبقة التجار، ويكرس التفاوت الطبقي باسم الدين المسيحي، وهكذا سخرت كل المبادئ والقيم الاجتماعية لخدمة مصالح طبقة التجار،

---

[1]- JOSEPH RAMBAUD, Histoire des doctrines économique, Paris, 1902, P.P, 84- 87.
رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.129.

[2]- وقد كان للتجار اليهود الدور البارز في جمع الثروة لأنهم كانوا يظنون بأنهم ينفذون إرادة الله، لأنهم شعب الله المختار، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.129.

[3]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.130، أيضا حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.15.

وهو ما يبرر تكديس الثروة بدعوى "دعه يعمل دعه يمر"، وأن القانون إنما هو شر يجب تفسيره في أضيق نطاق.

ومن خلال ما سبق يتبين بأن ما كان يهم المذهب الفردي أساسا، إنما هو النشاط الاقتصادي الذي ينبغي أن يكون مستقلا عن القانون، فهذا الأخير ينبغي أن يقتصر دوره في التوفيق بين حقوق الأفراد فحسب، وتمكين كل فرد من التمتع بحقوقه الطبيعية، وبذلك يتحقق الصالح العام للجماعة.

رابعا: تأثير أفكار المذهب الفردي على مفهوم العقد

لقد أثرت أفكار المذهب الفردي بصورة جلية على مفهوم العقد، فقد أجمع أنصار المذهب الفردي التأكيد على مبدأين:

الأول: حرية الطرفين المتعاقدين في إنشاء العقد والثاني حريتهم في تحديد آثاره.

فالإرادة الحرة هي التي تولد العقد والمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتيهما[1]، فالعقد لا يلزم ولا يرتب حقا إلا لطرفيه ولا يلزم الغير كما لا يكسبه حقا، وبالتالي لم يعترف بالاشتراط لمصلحة الغير، كما أن الإرادة ينبغي أن تتحرر من أية شكلية إلا استثناء، كما إذا اقتضتها الضرورة[2].

وبمقتضى المبدأ الثاني يرى أنصار المذهب الفردي بأنه ما دامت الحرية أساس العقد، فإن كل الآثار التي ارتضاها المتعاقدان صحيحة ومشروعة وواجبة التنفيذ، ولا يحول دون تنفيذها إلا فساد الإرادة ذاتها، فلا عبرة بالغبن الفاحش، ولا بالشروط المجحفة التي يتعاقد بموجبها العامل مع رب العمل، ولا بإساءة استعمال الحق، وبوجوب تقييد دائرة النظام العام ما أمكن[3].

---

[1]- وفي هذا المعنى يقول كونوGOUNOT في أطروحته حول سلطان الإرادة في القانون المدني "أنا لست ملزما بأي تصرف قانوني إلا إذا رغبت فيه، وفي الوقت الذي أريده، وبالكيفية التي أحددها".

"Je ne suis pas obligé par un acte juridique que si je le veux ou moment ou je le veux et dans la mesure ou je le veux ". Gounot, op.cit, p.136.

[2]- محمد عبد الحليم، المرجع السابق، ص.146. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.141.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.146.

وقد نجم عن هذه الحرية المطلقة، أن تعددت ضحايا هذه الحرية، خصوصا عند ظهور المؤسسات الكبرى والمصانع، وازدهار النشاط التجاري، وتنوع المبادلات التجارية، وبروز فئة رجال الأعمال وكبار التجار وأرباب العمل، مما خلق تباينا فاحشا في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة[1].

الفرع الثالث: تقنين مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أهم نظرية فلسفية يقوم عليها النظام القانوني الغربي بالنظر للمكانة التي يحتلها كقاعدة أساسية ترتكز عليها جميع أنواع القوانين، هذا المبدأ الذي كرسته بوضوح المادة 1134 مدني فرنسي والتي تنص في فقرتيها الأولى والثانية: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها.

لا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما المتبادل أو للحالات التي يسمح بها القانون"[2].

لقد جاءت هذه المادة تتويجا للأفكار الفلسفية والنظريات الاقتصادية والمبادئ القانونية والتي بلغت أوجها خلال القرنين السابع عشر، والثامن عشر، ولقد أدى كل ذلك إلى سيادة المبدأ وهيمنته في القانون المدني الفرنسي، فأصبح من المسلمات التي لا بد منها لأي عملية قانونية.

ولإبراز حقيقة هذا المبدأ وأصوله لدى صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804، يجدر بنا دراسة تعدد الأصول الفقهية للمبدأ في القانون المدني الفرنسي (أولا) ثم الرضائية كأساس لقيام العقد في القانون المدني الفرنسي (ثانيا) وأخيرا تقييد مبدأ الرضائية بمجموعة من القيود (ثالثا).

---

[1]- محمد عبد الحليم، المرجع السابق، ص.146، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.141، أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.44.

[2]- Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

أولا: تعدد الأصول الفقهية لمبدأ سلطان الإرادة في ظل أحكام القانون المدني الفرنسي

اختلف الفقه حول أصول مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي، فهل يرجع ذلك إلى القانون الروماني[1] أم أنها ترجع إلى فترة لاحقة عنه[2]، أم هي وليدة المجتمع الفرنسي والظروف التي ميزته أواخر القرنين السابع عشر والثامن عشر[3].

وبالرغم من المحاولات الفقهية المتعددة[4]، والتي حاولت إرجاع أصل مبدأ سلطان الإرادة إلى القانون الروماني إعمالا لمبدأ "Contractus legemdedit"، أو لقاعدة أخرى لها نفس المعنى وهي "Pacta sunt servanda"، إلا أن هذين المبدأين لم يصلا قط إلى إعطاء نظرية عامة لمفهوم التصرف القانوني، ومن ثم مبدأ سلطان الإرادة[5].

وإذا كان الأمر كذلك، فهل يمكن إرجاع أصول المبدأ إلى القانون الفرنسي القديم إعمالا للقاعدة التي كانت تقضي بأن "الاتفاق وحده ملزم"؟

---

[1]- كما يرى بذلك أحد فقهاء شرح على المتون أمثال الفقيه مالفيل، أنظر:

- MALVILLE ARNAUD, (ADREE –JEAN) les origines doctrinales de code civil français, thèse paris, 1977, 1978, p 95.

[2]- كما يرى بذلك الفقيه تيزون (R.Tison)، أنظر

Tison (R.), le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français (étude en droit interne), thèse, Paris, 1931, P.P.185- 187.

Beudant (Charles), le droit individuel et l'Etat, Paris, 1891, P.145.

[3]- كما يرى بذلك الفقيه (Gounot)، أنظر

Gounot (Emmanuel), OP.CIT, P.27.

أشار إلى ذلك محمد شيلح، المرجع السابق، ص.76.

[4]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.77، 78.

يرى عبد الرزاق السنهوري أن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.142.

[5]- Fadila MOULAI- Khatir, le principe e l'autonomie de la volonté dans les contrats face aux nouvelles données socio- économiques et juridiques, thèse pour le doctorat d'état en droit privée, faculté des sciences juridiques université de Rennes, 1985, P.45.

يرى الفقيه تيزون (Tison) أن هذه القاعدة أي "الاتفاق وحده ملزم" إنما جاءت لتحد من الشكلية التي ميزت القانون آنذاك، ولم تكن دليلا قاطعا على ظهور مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم[1]، بالإضافة إلى أن قاعدة "الاتفاق وحده ملزم" إنما وجدت في عهد لوازيل (Loisel) صاحب مقولة "تقيد الثيران بقرونها، والرجال بأقوالهم"، وأن أصلها يرجع إلى القانون الكنسي فيما يسمى باليمين التعهدية.

ولقد انتقلت هذه اليمين إلى القانون الفرنسي القديم تحت تأثير عوامل متعددة منها زيادة حركية الحياة الاقتصادية وعدم الاستقرار القانوني[2]، إلا أنها لم تتحول من قاعدة أخلاقية إلى قاعدة علمانية إلا في عهد الفقيه جروسيوس (Grotius) وذلك خلال القرن 17[3]، ولم تصل إلى درجة القول بأن الإرادة وحدها كافية لإنشاء الالتزام.

ولقد كان للأفكار الفلسفية لكل من الفيلسوف روسو (Rousseau)، وكانت (Kant)، الدور البارز الذي دعم بقوة الجانب الفلسفي الذي استقى منه مبدأ سلطان الإرادة مبادئه التي قام على أساسها والتي تمثلت في القانون الطبيعي، والعقد الاجتماعي وهما المبدآن اللذان مهدا بدورهما لظهور المذهب الفردي وسلطان الإرادة.

كما كان لأفكار كل من الفيلسوف دوما وبوتييه الأثر البالغ في تشكيل منطوق المادة 1134 مدني فرنسي.

1-أفكار الفقيه دوما

لقد كان للأفكار الفلسفية التي سادت خلال القرنين 17، 18 الأثر البالغ في قيام المذهب الفردي، والذي عجل بقيام الثورة الفرنسية، ولقد كان لهذه الأفكار التأثير البالغ على

---

[1]- Tison (R.), op.cit.P.22, Fadila MOULAI- KHATIR, op. cit, p47.

[2]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.79.

[3]- Villey (Michel) : leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, No.1, P.275.

فكر الفقيه دوما (Jean DOMAT)[1]، والذي كان يرى بأن الحرية هي أساس التعهدات والالتزامات التي تنشأ بين الأفراد، لذلك ينبغي أن تتم عن معرفة واختيار.

فإذا ما فقدت هذه الاتفاقيات هاتين الخاصيتين (الحرية والمعرفة) كانت باطلة[2]، والحرية في نظره يجب أن ترتبط بالأهلية، وألا يكون الشخص محجورا عليه لصغر في السن أو لعارض من عوارض الأهلية حتى تعم المساواة بين الأطراف المتعاقدة[3].

لقد أعطى دوما لقاعدة (الاتفاق وحده ملزم) مدلولا جديدا يتماشى مع المفهوم الحديث للمبدأ، بأن أصبحت الاتفاقات تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما المشترك[4].

لقد كانت هذه القاعدة هي أصل المبدأ الذي تم تكريسه ضمن المادة 1134 مدني فرنسي، كما ينسب إلى دوما نظريته في تفسير العقد حيث يرى بأن الغموض أو الشك يجب أن يفسر بالرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

---

[1]– والذي عاش في الفترة ما بين 1625 إلى 1696.

Fadila MOULAI- KHATIR, op.cit, P.47.

[2]– لقد كان منطوق المادة 1134 مدني فرنسي ترجمة فعلية لأفكار الفقيه دوما والتي عبرت بحق عن المبادئ التي جاءت بها هاته المادة.

[3]– وفي هذا المعنى ترى فضيلة مولاي خثير بأن:

"المادة 1134 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي تبرز شبها كبيرا للقاعدة التي عبر عنها دوما والتي تنص كالتالي: "الاتفاقيات التي تتم تمثل قانونا بالنسبة لعاقديها، ولا يمكن تغييرها إلا بإرادتهم المشتركة"، أليس هذا دليل على المكانة التي تحتلها الإرادة في فكر الفقيه دوما؟".

L'article 1134, al. 1er du code civil, présente une grande similitude avec la règle énoncée par Domat et qu'il formule comme suit : « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de lois à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun.. ». N'est- ce pas là la meilleure preuve de la place qu'occupe la volonté dans les développements de Domat.

Dr.Fadila MOULAI- KHATIR, op.cit, P.48.

[4]– Arnaud (André- Jean), op.cit, P.204.

محمد شيلح، المرجع السابق، ص.81.

لذلك يمكن القول أن المبادئ التي هيمنت على القانون المدني الفرنسي[1] إنما وجدت أصلها الأول في أفكار الفقيه دوما من جهة، وكذا في وجوب الأخذ بعين الاعتبار المعطيات الجديدة التي جاءت بها الثورة الفرنسية[2].

2- أفكار الفقيه بوتييه

تعتبر الأفكار التي جاء بها الفقيه بوتييه (POTHIER)[3]، والذي كان متشبعا هو الآخر بمبادئ القانون الروماني والأفكار الفلسفية التي سبقته مثل أفكار الفلاسفة جروسيوس و بافندورف ودوما، وكذا مبادئ القانون الطبيعي، الدور البارز في تبني بعض المبادئ القانونية الحديثة فيما يخص الإرادة، وهو ألا تكون مفروضة، وأن تصدر عن رضا خال من العيوب، ولهذا فهو يقول في كتابه[4] بأن "الاتفاقات التي ترتب التزامات إرادية يجب أن تصدر عن وعي وحرية، فإذا صدرت بدون أي من هذين العنصرين أو كانت نتيجة ضغط فإنها تعتبر لاغية".

وفي نظره فإن الحرية والإرادة قد لا تكفي في حالة وقوع المتعاقد في غلط، لذلك فإن المعرفة في نظره هي أيضا عنصر مهم لتكوين العقد[5]، لذلك يجب الأخذ إلى جانب مبدأ

---

[1]- وهو المبدأ الذي كرسته المادة 1156 مدني فرنسي أنظر في ذلك:.Tison (R), op. cit, p47

[2]- Arnaud (Andrée- Jean), op.cit, P.205.

[3]-والذي عاش في الفترة ما بين 1995 إلى 1772.

[4]- DOMAT : « Lois civiles, Part. 1, L.T, S.2.2.

[5]- Au lieu d'accorder la toute puissance et la force obligatoire des engagements aux formes dans lesquelles ils ont été faits, Domat considère que seule la volonté a ce pouvoir. Naturellement, il ne peut y avoir de volonté que libre. Il est impossible de vouloir si l'objet de ce qui est voulu est imposé. Le corollaire de la volonté est donc obligatoirement la liberté. C'est pourquoi Domat, à travers toute son œuvre, n'a pu dissocier les deux notions. La convention n'a de valeur que si elle a été librement et volontairement consentie. Il a été l'un des premiers à élaborer également une théorie des vices du consentement ou du moins à en jeter les jalons. Citons à cet égard ce qu'il écrivit dans Loix civiles : « Les conventions étant des engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être

الرضائية بمبدأ نظرية عيوب الرضا، والأثر النسبي للعقد، والاعتداد بالنية الحقيقية للمتعاقدين لدى تفسير العقد، والتي تجسدت كلها في مواد القانون المدني الفرنسي.

لقد أصبح الرضا وحده كافيا لميلاد الالتزام شريطة أن يكون هذا الرضا متبادلا بعد أن كان يستمد قوته من اليمين التعهدية التي كان يؤديها الأطراف، وفي ذلك تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة، وقد كرست مواد القانون المدني الفرنسي أهم أفكار بوتييه[1].

ونستنتج مما سبق أن مبدأ سلطان الإرادة بدأ يغزو القانون الفرنسي منذ أواخر القرن السابع عشر بفعل أفكار دوما، واكتمل وجوده في عهد الفقيه بوتييه، كما كان لمبادئ الثورة الفرنسية الدور البارز في تجسيد مبادئها هي أيضا، فكان القانون يعبر بحق عن واقع العلاقات الاجتماعية التي كانت سائدة في ذلك الوقت[2].

ثانيا: الرضائية كأساس لقيام العقد

لقد كان للأفكار الفلسفية والمبادئ الاقتصادية التي سادت في أواخر القرن السابع عشر والقرن الثامن عشر الأثر البالغ في تشكيل مبادئ وأسس القانون المدني الفرنسي، ويمكن حصر أهم هذه المبادئ والأسس كالتالي: الإرادة مصدر كل التزام، الإرادة الحرة تنتج

---

faites avec connaissance et liberté ; et si elles manquent de l'un ou de l'autre de ces caractères, comme si elles sont faites par erreur, ou par force, elles sont nulles… ». En effet, la liberté et la volonté ne devraient pas suffire à lier. Il y aurait trop d'injustice à faire ce que l'on n'a pas réellement voulu dans le cas de l'erreur par exemple. La connaissance est donc également un élément important de formation du contrat. Déjà, dans son ouvrage Loix civiles, Domat avait consacré tout un titre aux vices des conventions. Fadila MOULAI- Khatir, op.cit, P.47.

[1]- وفي ذلك يرى الفقيه Arnaud (André- Jean) أن نظرية بوتييه تكرست في القانون المدني الفرنسي في المواد التالية: (1109- 1110 الغلط)، (1111- 1115 الإكراه)، (1116 التدليس)، (1118، 1305، 1674 الغبن)، (1131، 1133 السبب)، (1165 تفسير العقد)، (1275، 1276 الإنابة)، (1290 المقاصة)، (1875، 1891 عارية الاستعمال)..إلخ...

Arnaud (André- Jean), op.cit, P.208.

[2]- نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص.211 وما بعدها.

التزاما عادلا، وبالتالي لا يمكن تعديل شروط وآثار العقد متى أبرم على وجه صحيح دون رضا الطرفين.

1- الإرادة مصدر كل التزام

يرى أنصار النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة هي أساس جميع الروابط العقدية، فلا يلزم أحد بغير إرادته، كما أن الإرادة هي الأداة الوحيدة التي تلزم صاحبها، وبالتالي فهي تشكل أساسا لجميع مصادر الالتزام، فهي مصدر العقد، كما أنها مصدر شبه العقد، بل وهي مصدر التصرف الإرادي غير المشروع[1]، بل أن القانون ذاته ما هو إلا أثر يترتب عنه التزام.

فالقانون عندما يرتب قاعدة ما، إنما يفترض في المخاطب بها أنه ارتضاها كالتزام في ذمته[2]، بل وتعتبر الإرادة الحرة مصدرا للقانون كما يقول المبدأ الفلسفي "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"[3]، وما دامت الإرادة هي مصدر كل التزام فإن العقود المبرمة عن إرادة حرة تعادل القانون ذاته، وليس للقاضي إلا تفسير هذه الإرادة، كما يجب تنفيذها كما هي من طرف المحاكم.

فالاتفاقات الإرادية وفقا لهذا المفهوم تمثل أمرا مقدسا ينبغي ألا تعترضه أية عراقيل، وما دور القانون سوى ضمان حرية الإرادة واستقلاليتها[4].

غير أن هذا المفهوم للإرادة سرعان ما تهاوى أمام القيود التي أصبحت تقيد مفهوم حرية الإرادة في القانون المدني الفرنسي، فالحياة في هذا المجتمع أصبحت تستدعي التنازل

---

[1]- نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص.211 وما بعدها.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.145.

خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.20 في الهامش، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.53، خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج. 1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص.18.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.49 في الهامش رقم 17.

[4]- Gounot, op.cit, P.388.

عن بعض من هذه الحرية، لقد أصبح القانون هو الذي يحدد مقدار التنازل حتى لا يحدث تصادم أو إساءة استخدام لهذه الحرية.

فممارسة الحرية من قبل الفرد ينبغي ألا تضر بالغير، فليست هناك حرية مطلقة للمتعاقد، لقد أصبحنا نعيش مرحلة أصبح العقد فيها مسيرا لا حرا، فالإقرار بحرية الفرد لا يكفي لتنظيم المجتمع، إن هذه المهمة هي من صميم عمل المشرع، والحرية ينبغي ألا تعطى لها من الأهمية إلا بقدر ما تتجزه من فائدة للمجتمع[1].

لقد راعى المشرع الفرنسي لدى وضعه القانون المدني مجموعة من القيود مثل النظام العام والآداب العامة، كما أورد قيودا على الحريات الشخصية، كل ذلك إلى جانب إقراره بالحرية التعاقدية والتي رفع من منزلتها حتى أنها أصبحت كالقانون من خلال ما ورد في المادة 1/1134 مدني منه.

2- الإرادة الحرة تنتج التزاما عادلا

يقوم هذا المبدأ على أساس أن الفرد عندما يتمتع بالحرية وتكون إرادته سليمة من العيوب ويتمتع بالأهلية الكاملة، فإن هذا الفرد ولا شك لن يلتزم مع الغير إلا بما يحقق مصلحته الشخصية، وبمراعاة مثل هذه المصلحة سوف تكرس العدالة الطبيعية في أسمى مراتبها.

فالفرد في ميدان العقد يجب أن يتمتع بكامل الحرية، والدولة لا تستطيع أن تمارس سلطتها التشريعية أو أن تفرض نفسها إلا قصد ضمان حق كل شخص، وخارج هذا الإطار[2] ينبغي ترك المجال للحرية العقدية حتى تساهم في تحقيق العدالة.

---

[1]- Fadila MOULAI- KHATIR, op.cit, P.56.

[2]- Beudant (Charles), op.cit, P.148.

إن مبدأ "كل التزام حر يعتبر عادلا" ما هو إلا تعبير عن مبدأ اقتصادي آخر هو قاعدة "دعه يعمل، دعه يمر"[1].

فعلاقة العمل إنما تنشا بمقتضى إرادتين حرتين، هاته الحرية التي ينبغي أن تكون المحرك لأية علاقة تعاقدية، فإذا كان كل من العامل وصاحب العمل حرا فهذا يعني أن هناك مساواة بين هاتين الإرادتين، ولا يمكن أن يتولد عن هاتين الإرادتين الحرتين إلا عقد عادل، وبالتالي فإن الأجر الذي يقع الاتفاق عليه بين العامل وصاحب العمل يبقى عادلا، والاقتطاعات والغرامات وكذا الاشتراطات التي يمليها صاحب العمل على كاهل العامل تعتبر عادلة، وكل تدخل للمشرع في هذه العلاقة يشكل ضربا من التعسف.

ويترتب على هذا المفهوم التقليدي للحرية، أن مهمة القاضي إنما تقتصر عند النظر في العقد محل النزاع، الإجابة عن سؤال واحد هو هل الإرادة حرة؟ فإذا تبين له ذلك كان العقد مطابقا للقانون، وليس له سوى الرضوخ للسلطان المطلق لإرادة المتعاقدين حتى ولو لم يكن هناك تكافؤ بين الأداءات طالما أن التكافؤ بين الحريات قد تحقق[2]، فهذا التكافؤ هو عين العدالة الحقة والتي يجب حمايتها والذود عنها، ورغم أن الإقرار بهذا المفهوم للعدل يتعارض مع العدل الأخلاقي، إلا أن القانون لا يهتم بالأخلاق حتى تؤخذ بعين الاعتبار، فالعبرة بالنص القانوني وليس الأخلاقي، كما أنه ليس كل ما هو قانوني هو أخلاقي، فالقانون يهتم بما هو في صالح المجتمع أكثر من اهتمامه بالأخلاق.

ثالثا: تقييد مبدأ الرضائية بمجموعة من القيود

انطلاقا من المبدأ السابق ذكره والذي يقضي بأن كل التزام ناشئ عن إرادة حرة يعتبر عادلا، فإنه وطبقا لفقه المدرسة الكلاسيكية لمبدأ سلطان الإرادة، ما دام العقد قد نشأ عن إرادة حرة وسليمة فهو يجسد العدالة، وبالتالي فينبغي عدم المساس به سواء في شروطه أو

---

[1]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.95.

[2]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.97.

Gounot, op.cit, P.97.

في آثاره، لأن كل تعديل لهذه الشروط أو الآثار من قبل أحد المتعاقدين دون رضا المتعاقد الآخر، سوف يؤدي حتما إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وبالتالي المساس بمبدأ العدالة، وسوف يكون ذلك على حساب المتعاقد الآخر، مما قد يلحق أكبر الضرر بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون بصفة عامة ويقيد حرية التعاقد بصفة خاصة.

وتبرر النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة تدخل المشرع أحيانا لفرض بعض الشروط لدى انعقاد العقد كاشتراط الشكلية مثلا، أو تقييد العقد بقواعد آمرة، سواء ما تعلق منها بركن التراضي أو المحل أو السبب بأن مثل هذه الاشتراطات أو القيود على المبدأ إنما استوجبتها المصلحة العامة وكذا النظام العام[1].

ورغم أن هاته القيود تحد من المبدأ وتعرقل من حرية التعاقد، إلا أن مثل هذه العراقيل التي يتسبب فيها المشرع لا تشكل خطرا كبيرا على مبدأ سلطان الإرادة[2]، طالما أن الأطراف المتعاقدة كانوا على علم بها قبل الإقدام على إبرام العقد، فلن يضاروا بوجودها طالما أنهم ارتضوها مسبقا، والدليل على ذلك إقدامهم على إبرام العقد.

أما الشروط أو التعديلات التي يمكن أن تطرأ على العقد بعد إبرامه، أو عند تنفيذه بحجة المصلحة العامة أو النظام العام، أو أن مصلحة بعض الأطراف تقتضيه بحجة العدالة أو المساواة في الالتزامات، فمثل هذا التعديل ومهما كان الشكل الذي يظهر به، أو المبرر الذي يستند إليه، فإنه ينسف مبدأ العدالة الذي نشأ بنشوء العقد سليما، وبالتالي ينفي مبدأ سلطان الإرادة من أساسه[3].

---

[1]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.98.

[2]- أحمد ماهر، في سلطان الإرادة الفردية بالنسبة إلى التعديلات التي تطرأ على العقود، رسالة دكتوراه، مونبولييه، 1913، ص.144.

Gounot, op.cit, P.61.

[3]- أحمد ماهر، المرجع السابق، ص.145.

إن المبدأ المسلم به في نظر أنصار المدرسة الكلاسيكية لمبدأ سلطان الإرادة، هو أن العقد متى أبرم على وجه صحيح يجب احترامه مثله في ذلك مثل نصوص القانون سواء بسواء، وبالتالي فلا يمكن المساس به مهما طرأت مستجدات أو ظروف ومهما كان السبب، كما يشمل المنع أيضا رجل القضاء عندما يريد تعديل شروط أو آثار العقد بدعوى إزالة الغبن، أو مسايرة العقد للتطورات الاقتصادية أو الاجتماعية.

إن الأفراد عندما يتعاقدون إنما يضعون في اعتبارهم ما قد يطرأ في المستقبل من مستجدات أو ظروف لدى تنفيذ العقد، لذلك فهم لا ينشغلون بمثل هذه الأمور التي قد تؤثر على شروط أو آثار العقد.

وإذا كان هذا هو المفهوم التقليدي والفلسفي للمبدأ، والذي تجسد مبدئيا في أحكام القانون المدني الفرنسي، إلا أن التمسك بالمبدأ على هذا النحو لم يصبح كذلك حتى في ظل القانون المدني الفرنسي، والذي أورد قيدا على المبدأ في الفقرة الثانية من المادة 1134 منه، والتي تقضي بأن الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي لا يجوز إلغاؤها إلا بالرضا المتبادل أو للحالات التي يسمح بها القانون[1]، وهو المبدأ نفسه الذي ورد في المادة 106 مدني جزائري.

وبالتالي فإن مبدأ سلطان الإرادة قد أصبحت تتجاذبه نظريتان: الأولى وهي الاحتفاظ بالحرية التعاقدية والإبقاء على سلطان الإرادة كمقوم أساسي لحرية التعاقد، والثانية وهي هذا الكم الهائل من القيود والتدخلات التي تطرأ على المبدأ، ليس فقط لدى إبرام العقد، ولكن أيضا لدى ترتيب العقد آثاره بفعل مجموعة من العوامل الاجتماعية والاقتصادية ومبادئ العدالة والمساواة والتوازن العقدي والتي سنبحثها لاحقا في الباب الثاني من هذه الدراسة.

---

[1]- Article 1134/ 2

« Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

المطلب الثاني: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة و نطاقه في ظل أحكام الفقه الاسلامي

لقد نشأ مبدأ سلطان الإرادة في أوروبا نتيجة ظروف معينة تميزت بمجموعة من الأفكار والمعتقدات، وقد رأينا كيف مر المبدأ بمجموعة من المراحل تغيرت فيه النظرة إلى المبدأ تبعا للتغيرات التي حدثت، ثم كيف بلغ أقصى مراحله خلال ظهور المذهب الفردي[1]، أما في الفقه الإسلامي[2] فإن المبدأ له طبيعته الخاصة[3] التي تتفق و خصوصية مبادئ و

---

[1]– لقد مر ذكر المراحل التي مر بها المبدأ ابتداء من نهاية الفترة الرومانية، ثم بدأ بالقانون الكنسي، فالمذهب الفردي الذي ساد أوروبا في القرنين السابع عشر والثامن عشر أعلاه، ص. ص. 36–67 أعلاه

[2]– للتمييز بين مدلول "الفقه الإسلامي" ومدلول "الشريعة الإسلامية"، يرى عبد الحميد فودة أن كلمة "فقه" تستعمل لمعنيين الأول مطلق الفهم، والثاني فهم غرض المتكلم، وقد وردت كلمة "فقه" في القرآن الكريم بمعنى الفهم الدقيق لقوله تعالى: "و احلل عقدة من لساني يفقهوا قولي" سورة طه، الآية 27، 28، وفي قوله أيضا: "قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول" سورة الأعراف الآية 179، فالفقه أخص من مجرد الفهم، فهو أكثر من الفهم لأنه فهم مراد المتكلم وقصده. أما مدلول الشريعة فله مدلول عام، وهو ما شرع الله لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من أنبيائه، سواء تعلق الأمر بالعقيدة والتوحيد، أو بالأحكام العملية التي تنظم شؤون الناس، والتي يطلق عليها اسم الفقه، لذلك فمصطلح الشريعة ليس مرادفا لمصطلح "الفقه"، فالأول عام في حين أن الثاني خاص يبحث في المعاملات اليومية المختلفة، من حيث كونها حلالا أو حراما، ولا يبحث في العقيدة وأصول الدين، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.337.

محمد الشحات الجندي، شمولية الشريعة الإسلامية واستجابة أحكامها وقواعدها للتطور الحضاري، مجلة روح القوانين، مقال مجلة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة طنطا، مصر، العدد الأول، 1989، ص.261، عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنته بالقانون الوضعي، مكتبة وهبة، ص.15، 16 بدون تاريخ ومكان النشر، محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، ط.1، 1996، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص.245.

[3]– يرى السيد رضوان السيد راشد أن الفقهاء المسلمين الأوائل و المتأخرين منهم لم يعرفوا مبدأ سلطان الإرادة بالمفهوم المتعارف عليه في الفقه الغربي، بل لم يكونوا بحاجة إليه، كما أن نظرية الالتزامات لم ترد في الفقه الإسلامي، فإيراد مصطلح "سلطان الإرادة" في الفقه الإسلامي فيه افتئات على الشرع الإسلامي، لذلك كان ينبغي القول "موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة" وليس العكس، لذلك أخذنا بهذا المصطلح بهذه الكيفية تماشيا وخصوصية المبدأ في الفقه الإسلامي. رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.174.

أحكام الشريعة الإسلامية التي تتصف بالتكامل، فهي جزء لا يتجزأ من نظام متكامل سواء في مضمونه أو في محتواه[1].

وقد اتسمت مبادئ الشريعة الإسلامية بالموضوعية فلم تميز بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، لذلك لم يستعمل مبدأ "سلطان الإرادة" ليعنى بالفرد قبل المجتمع أو العكس، ذلك أن مبدأ "رضائية التصرفات في العقود" مقيدة لدى جميع المذاهب ولدى العلماء المسلمين، فهي تتسع أو تضيق بحسب الآراء أو المذاهب، ولم تصل إلى ذلك المفهوم المطلق الذي بلغه المبدأ خلال ظهور المذهب الفردي، فقد قيدها الفقهاء المسلمون بعدة قيود، منها عدم مخالفتها الأحكام الشرعية والمصالح العامة، غير أن هناك من الفقهاء المسلمين من وسع من هذه القيود، بل وأنكر حرية الإرادة في إبرام العقود أو في ترتيب آثارها، وهو ما يسمى بمبدأ "الجعلية" كما سنرى لاحقا.

فالشريعة الإسلامية تعتبر الحقوق بمثابة منح إلهية، وليست مجرد حقوق طبيعية، كما هو الشأن في القانون الوضعي، وهي لا تعتبر الإرادة بمثابة سلطة، بحيث تتصادم مع غيرها من الإرادات، وتخلق جوا من التعارض بين متعاقد وآخر، كما هو الشأن في القوانين الوضعية، خصوصا في ظل النزعة الفردية، فمصطلح "سلطان الإرادة" لم يرد بهذا الشكل لدى الفقهاء المسلمين، فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد منحت الفرد الحرية والاختيار في إبرام العقود، إلا أن هذه الحرية مقيدة بقيود تتمثل في مبادئ العدل والمساواة، والنهي عن الاعتداء أو أكل حقوق الناس بدون حق، لذلك ينبغي ألا تستعمل هذه الحرية لفرض شروط أو إنشاء عقود تبيح ما حرمه الله سبحانه وتعالى، أو تلحق الضرر بالغير أو بالمجتمع ككل[2].

---

[1]- ذلك أن مهمة الإسلام هي كل متكامل لا يتجزأ ولا تقف عند تنظيم الإنسان لأن يكون أهلا لحسن علاقته بربه فحسب، وإنما أيضا ليكون أهلا لحسن علاقته بنفسه، وأهلا لحسن علاقته بغيره من الأفراد، فهي مزيج من الدين والأخلاق والقانون، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. 343.

[2]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.191.

فالرضائية في التصرفات القانونية في ظل الشريعة لا تعني بالضرورة مبدأ سلطان الإرادة المعروف في القوانين الوضعية، ذلك أن مصطلح "الرضائية" في الفقه الإسلامي ينبغي أن يخضع لسلطان الشارع لا سلطان الإرادة الفردية، وهذا ما يترجم المساواة الحقيقية بين الإرادات لدى التعاقد فيما بين الأفراد.

فإعمال المبدأ في ظل القوانين الوضعية يؤدي لا محالة إلى فرض إرادة شخص على إرادة الطرف الآخر بدعوى الحرية التعاقدية، أما إعمال المبدأ في ظل الشريعة فيستلزم بادئ ذي بدء، أن يخضع الجميع لنظم وقواعد موضوعية تمنع التسلط، وتفرض القيود الشرعية، سواء بالأمر أو النهي عن إتيان بعض التصرفات أو العقود، ثم تأتي بعد ذلك حرية الاختيار لدى الفرد بعد أن يكون قد التزم بتلك القيود والنظم[1].

ورغم أن القوانين الوضعية تورد هي الأخرى قيودا على حرية التعاقد[2]، إلا أن نطاق هذه القيود أقل مما هي في الشريعة الإسلامية، ذلك أن هاته الأخيرة توسع من مجال القواعد الملزمة للأفراد عما هي في القوانين الوضعية، فقد بلغت هذه الحرية في ظل سيادة النزعة الفردية أن حولت النظام الاقتصادي إلى أداة طيعة في يد المتعاقد بدعوى حرية التعاقد، فسادت النزعة الفردية غير المنظمة في إبرام العقود والتصرفات، وظهرت العقود الربوية، والاحتكار، وزيادة أسعار السلع بشكل غير متكافئ، كما ظهرت عقود الغرر، والغبن الفاحش، والغش، والتدليس، وهي كلها مبررة بدعوى حرية التعاقد وتكرس في نفس الوقت امتيازات طبقية لدى فئة أقلية من الأفراد على حساب السواد الأعظم.

---

[1]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.191.

[2]- تنص المادة 106 مدني "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي ينص عليها القانون".

رمضان محمد عبد المعطى، حرية التعاقد في الفقه الإسلامي، بحث في الفقه الإسلامي، مقدم لدى كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه علم، ماليزيا، ص.1، بدون تاريخ نشر.

فالشريعة حرمت العقود المبنية على الغرر، والاستغلال، والخداع، والعقود الربوية، وعقود الاحتكار، والمغالاة في الأسعار، وغيرها للحديث الشريف: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، وقوله "الناس على شروطهم ما وافقت الحق، " مما يمكن معه القول أن حرية التعاقد مكفولة طالما وافقت حدود الشرع، وهذه الأخيرة تعد قيدا على الإرادة، فلقد كرمت الشريعة الإسلامية بني آدم ومنحته حرية الإرادة والاختيار، لكنها قيدته بمبدأ العدل والمساواة، وعدم الخروج عن المبادئ والأصول التي جاء بها الدين الإسلامي، فالعقد لا يخضع لمبدأ سلطان إرادة الأفراد ولكن يخضع لسلطة الشارع الحكيم، ومن هنا تتحقق المساواة الحقيقية بين الإرادات لدى التعاقد، بخلاف ما هو معمول به في ظل المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة، فالمبدأ يجب أن يخضع لضوابط موضوعية تكفل التوازن العقدي وتمنع الانفراد في وضع الشروط والإملاءات من قبل المتعاقد القوي بحكم تعارض المصالح.

فالنظام التعاقدي في الشريعة يخضع لهذه القيود والتوجهات، بخلاف النظام التعاقدي في ظل القوانين الوضعية التي تتخذ من الإرادة الفردية مصدرا لقيام العقد ومصدر مضمونه ومحتواه.

لذلك فإن الفقه الإسلامي قد جمع بين مبدأ الحرية التعاقدية، والقيود الواردة عليها سواء لدى إبرام العقد أو لدى تنفيذه.

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين: الأول هو كفاية الإرادة في إنشاء العقود مجردة من أي شكل، وهو ما يعرف بمبدأ "الرضائية"، والثاني وهو قدرة الإرادة على تحديد آثار العقود، وهو ما يعرف بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، لذلك فإننا، ومن خلال دراسة موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة، نستعرض خصوصية المبدأ بالقدر الذي يعطي صورة واضحة له دون الدخول في التفاصيل الدقيقة التي تناولتها مؤلفات الفقه الإسلامي في الموضوع بالبحث والدراسة.

لذلك سنتناول هيمنة مبدأ الرضائية في إنشاء العقود (الفرع الأول)، ثم مدى إمكانية الحد من مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي في (الفرع الثاني)، و أخيرا نطاق مبدأ الرضائية في العقود في الفقه الإسلامي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: هيمنة مبدأ الرضائية في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي

لم يضع الفقهاء المسلمون الأوائل نظرية عامة للعقد، حيث كانوا يعالجون كل عقد بصفة انفرادية، مما جعل دراسة نظرية العقد وفق المنظور الإسلامي أمرا صعبا للغاية، نظرا لاختلاف الرؤى وتباين الاجتهادات الفقهية، والتي عالجت موضوع العقد، ولعل ما يفسر ذلك هو إرجاع كل أمر مختلف فيه إلى الكتاب والسنة، لا إلى نظريات من صنع البشر، لقوله تعالى: "فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا" (سورة النساء الآية 59)، وعملا أيضا بالحديث الشريف "تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما كتاب الله وسنتي".

ويرى الدكتور عبد الحميد فودة أن الصحابة والفقهاء المسلمين لم يرتضوا نظريات عامة كنظرية للعقد مخافة الوقوع في أمر محرم أو تحريم شيء مباح عند تعميم هذه النظرية لتشمل عقودا أخرى، بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية اشتملت على القواعد الجوهرية التي تتضمنها النظرية العامة للعقد، ألا وهي وجوب احترام إرادة الشخص، كما أخذت بمبدأ الإباحة كأصل في الأشياء ما لم يرد فيه نص يقضي بالمنع أو الحرمان، وعدم التعسف، والإخلاص في العمل، ومبدأ حسن النية، وعدم الخروج على ما جاء به الشارع من أحكام وحدود، والوفاء بالعهود والعقود لكن دون استعمال عبارة "مبدأ سلطان الإرادة" بالشكل المتعارف عليه في الفقه الغربي[1].

غير أن البعض من الفقهاء حاولوا لاحقا وضع نظريات فقهية عامة بما فيها مبادئ وأحكام لنظرية العقد كجزء من بحوثهم واجتهاداتهم[2].

---

[1]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. ص.338، 339.

[2]- كما ورد في مجلة الاحكام العدلية.

ومن بين هذه الدراسات والبحوث ما تعلق منها بمبدأ سلطان الإرادة، حيث كان لها نصيب معتبر، باعتبار أن جميع العقود بدون استثناء تستقي مفهومها وجوهرها من هذا المبدأ التي تقوم عليه نظرية العقد.

فهل إرادة الأشخاص تستطيع إنشاء عقد من غير العقود المنصوص عليها أو المذكورة في كتب الفقه؟ وهل هي حرة في تضمين هذه العقود ما تشاء من شروط غير التي ذكرها الفقهاء؟ وإلى أي مدى يمكنها فعل ذلك؟

يرى البعض من الفقهاء أن مبدأ الرضائية ظهر أول ما ظهر في عهد القانون الكنسي، بمعنى كفاية الرضا في إنشاء العقود مجردة من أي شكل ما بعد أن كانت الشكلية سائدة في القانون الروماني، غير أن مبدأ الرضائية سبق أن عرفته الشريعة الإسلامية قبل ذلك بكثير، فقد استنبط الفقهاء المسلمون مبدأ الرضائية في إنشاء العقود من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، والتي جعلت من الرضائية أساسا لإبرام العقد في حدود ما أوجبه الله سبحانه وتعالى من واجبات، وما حرمه من محرمات عملا بالآية الكريمة: "تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه" (البقرة، الآية 229).

وخارج هذه القيود الشرعية في الفقه الإسلامي، تلعب الإرادة دورها في إنشاء العقود بالتراضي بين أطراف العقد في سائر المعاملات، كالبيع والشراء، وغيره من صور التعامل، سواء تعلق الأمر بالمعاوضات أو بأعمال التبرع[1].

فغالبية العقود، في الفقه الإسلامي، تتم بالتراضي دون حاجة إلى أي إجراء شكلي آخر، ما عدا بعض الحالات الاستثنائية التي سنراها لاحقا، فالرضائية بهذا المعنى لا تنكرها الشريعة الإسلامية لأنها مظهر من مظاهر حرية الشخص في التصرف في حقه أو في ملكه[2].

---

[1]- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. ص.70، 71.

[2]- مصطفى أحمد بسيوني، المرجع السابق، ص.144.

وإذا كان العقد نافذا متى تحققت شروطه وأركانه، وتحققت بموجبه أهداف المتعاقدين، واتفاقه مع مبادئ التشريع الإسلامي، فهل أطلق التشريع الإسلامي للعاقدين حرية التعاقد؟ وإلى أي مدى يمكن للمتعاقدين التعبير عن إرادتيهما لإبرام عقد من العقود؟ وما كيفية صدور الرضا؟

للإجابة على هذه التساؤلات، نبحث هيمنة مبدأ حرية التعاقد (أولا)، وجوب إصدار الرضا عن إرادة حقيقية وخالية من العيوب (ثانيا)، وأخيرا وجوب اكتمال الأهلية وسلامتها من العوارض (ثالثا).

أولا: مبدأ حرية التعاقد

يتفق أغلب الفقهاء المسلمين أن التشريع الإسلامي أفسح المجال للإرادة في الدخول في المعاملات أو في عدم الدخول فيها، وهي بذلك تكون قد أعطت الفرصة للشخص في أن يبرم ما شاء من العقود، فله الحرية الكاملة في ذلك سواء بإبرامها أو عدم إبرامها، وذلك من مبدأ الرضا في العقود، ولم يلزم الشارع شخصا بعقد لم يرض به إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، كبيع أموال المدين المماطل جبرا لوفاء ديونه، أو بيع مال المحتكر عند إضراره بالجماعة، لذلك فإن حرية التعاقد تقضي بكفاية الرضا لإنشاء العقد، وعدم التقيد بالقيود الشكلية التي وجدت في الشرائع السابقة كالقانون الروماني.

فالفقه الإسلامي ضد فكرة الإكراه العقدي، وهو بذلك يطلق حرية الإرادة في تكوين العقد، وهذا المبدأ يستمد أساسه من القرآن الكريم والسنة النبوية، بل أن مبدأ الحرية يمس حتى زواج النساء، حيث أن الفتاة البالغة هي صاحبة الاختيار في اختيار شريك حياتها[1].

ويرى د/عبد الرزاق السنهوري أن "العقد في الفقه الإسلامي يبنى على توافق

---

[1]– مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، الطبعة العاشرة، دمشق، 1967– 1968، ص.463.

الإرادتين دون تحفظ، فهو رضائي إلى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد"[1].

ويؤكد ذلك الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، والذي يرى بأن الشرع الإسلامي أقر للمتعاقدين الحرية في إنشاء عقود جديدة لتضاف إلى فئة العقود المسماة المتعارف عليها، مما يدل على أن العقود في الشرع الإسلامي لا تنحصر في فئة معينة من العقود، بل يمكن أن تتجاوز ذلك، بأن يصبح محلا للعقد كل ما اتجهت إليه إرادتا العاقدين، طالما استوفت هذه الإرادة القواعد والشروط التي تحكم العقود[2].

والرضائية كما تفيد معنى الدخول في المعاملات، تفيد أيضا عدم الدخول فيها، أي أنه يستوي فيها جانب الفعل أو جانب الترك، ونستنتج ذلك من خلال قوله تعالى: "و أحل الله البيع وحرم الربا" (البقرة، 275)، وقوله: "أحل لكم صيد البحر وطعامه" (المائدة، 96)، وقوله: "أحلت لكم بهيمة الأنعام" (المائدة، 1).

وتأكيدا على مبدأ الرضائية في العقود يرى شيخ الإسلام ابن تيمية[3]، أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين بما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لقوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء، الآية 29)، وقوله: "فإن طبن لكم عن شيء منه فكلوه هنيئا مريئا" (النساء، الآية 4)، وفي ذلك يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أنه "في التبرعات علق الحكم بطيب النفس، وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي أي الرضا من الجانبين، لأن كلا من المتعاوضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به بخلاف المتبرع فإنه لم يبذل أي شيء يرضى به، ولكن قد تسمح له نفسه بالبذل وهو طيب النفس[4]".

ومتى تم العقد بالتراضي نشأ العقد وأصبح لازما لا يجوز التنصل من شروطه وأحكامه لقوله تعالى: "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة، الآية 1)، وقوله أيضا: "و

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ف.303.

[2]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.ص.464، 465.

[3]- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى المجلد الثالث، طبعة دار الغد العربي، ص.339، بدون تاريخ نشر ولا مكان نشر.

[4]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.467 بالهامش.

أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا" (الإسراء، الآية 34)، وقوله تعالى: "بلى من أوفى بعهده واتقى فإن الله يحب المتقين" (آل عمران، الآية 76)، ما لم يكن هناك خيار لقوله عليه الصلاة والسلام: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"[1].

ولقيام التراضي في العقود، يجب أن ينصب التعاقد على شيء يجوز التعامل فيه، فإن كان مما لا يجوز التعامل فيه، فلا يصلح لأن يكون محلا للتعاقد، كالتعامل في الأعضاء البشرية، وكأكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" (النساء، الآية 29)، أو التعامل فيما حرم الله كالخمر، أو الخنزير، وكالربا، والميسر، وبيع الغرر، وكبيع الثمر قبل بدو صلاحه[2]، كما يجب في هذه الإرادة أن تكون سليمة من العيوب.

ثانيا: وجوب صدور الرضا[3] عن إرادة حقيقية وخالية من العيوب

لا يكفي صدور الرضا لإنشاء العقد، بل لا بد من صدوره عن إرادة واعية ومعبرة عما يكنه صاحبها في نفسه من رغبة في التعاقد بشكل ما من الأشكال، ويجب أيضا أن تكون هذه الإرادة سليمة من العيوب التي قد تشوبها، وبالتالي تؤثر على سلامتها كعيوب الإرادة، وهي في الفقه الإسلامي الإكراه والغلط والتغرير والغبن، كما يجب أن تكون صادرة عن ذي أهلية.

1- وجوب صدور الرضا عن إرادة حقيقية

لا ينعقد العقد ما لم تخرج الإرادة إلى حيز الوجود، أي إظهارها إلى العالم الخارجي كشرط لترتيب أثرها على المحل المعقود عليه، ومن ثم فلا ينعقد العقد بمجرد النية، أو ما

1- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.468.

2- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.71، 72.

3- يجب التمييز بين مصطلح "الرضا" ومصطلح "التراضي"، فالأول يعبر عن الإرادة التي تتجه نحو إحداث أثر قانوني والذي هو قوام العقد، أما الثاني أي التراضي فهو اتفاق إرادتين على إنشاء أثر قانوني.

محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، طبعة جامعة القاهرة، 1978، ص.435، عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص.52.

اتجهت إليه الإرادة الباطنة[1] مصداقا للحديث الشريف "إن الله تجاوز عن أمتي ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم"[2].

والأصل في هذا التعبير أن يكون بالصيغة الدالة على هذه الإرادة، وهو ما أسماه الفقهاء بالإيجاب والقبول، لأن المعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التي تظهر ما وقر في القلب[3].

ووجوب إظهار الإرادة لترتيب أثرها محل اتفاق بين الفقهاء المسلمين، والأصل أن العبرة بالإرادة الحقيقية لا مجرد التعبير عنها، لكن لا يعني ذلك عدم الأخذ بعين الاعتبار التعبير، بل إنه هو الذي يظهر الإرادة للوجود في صورة تعبير عنها، فإذا اتفقت الإرادة مع التعبير عنها فيؤخذ بالتعبير لأنه مطابق للإرادة الباطنة، أما إن كان غير مطابق لها فتكون العبرة بالإرادة لا بالتعبير عنها[4]، وعلى القاضي إذا عرض عليه الأمر أن يبحث عن الإرادة الباطنة بكل وسيلة كانت، وألا يتقيد بالألفاظ المستعملة[5].

---

[1]- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص.299، فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.79 في الهامش، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص.435، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.52.

[2]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.79.

[3]- ابن تيمية، المرجع السابق، ص.299.

[4]- وبهذا أخذت الشافعية والحنابلة متى حدث تباين بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، بينما يأخذ الأحناف بالإرادة الظاهرة حرصا على استقرار المعاملات وصعوبة الكشف عن مكنون الإرادة الباطنة.

عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.413 وما بعدها.

[5]- يأخذ القانون الفرنسي والقوانين التي سارت على دربه بالإرادة الباطنة، بينما يأخذ الفقهاء الألمان بنظرية الإرادة الظاهرة، لأن الإرادة الباطنة في نظر الفقهاء الألمان واقعة نفسية بحتة يتعذر الكشف عنها، كما أن الأخذ بها يؤدي إلى إهدار الثقة في المعاملات، وهم يرون بأنه إذا كانت الإرادة واضحة فلا مجال لتفسيرها، أما إن كانت غامضة فيستعين القاضي بالظروف التي أحاطت بها وكذا الهدف الاقتصادي من العقد، وقد أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة أساسا لكنه لم يغفل الاعتداد بالإرادة الظاهرة بما يكفل استقرار المعاملات، لذلك يشترط المشرع الجزائري التطابق بين الإرادتين وليس مجرد التعبير عنها (المادة 59 مدني)، غير أن المشرع الجزائري غلب الإرادة الظاهرة في حالات معينة مثل ما ورد في نص المادة 61 مدني وكذا المواد 62، 87، 89، 111، 198 منه، أمحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط.4، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص. ص88- 96. مناقشة حجج كل من أنصار الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وموقف المشرع الجزائري من النظريتين، علي فيلالي حيث رأى أن المشرع الجزائري لم يأخذ لا بالإرادة الباطنة، ولا بالإرادة الظاهرة وإنما أخذ بتصور جدي لمناقشة ذلك أنظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص. ص.88-96.

لذلك فإن الفقهاء المسلمين انقسموا إلى فريقين، فريق يأخذ بالإرادة الظاهرة ومنهم الإمام الشافعي والإمام مالك وكذا الإمام أبو حنيفة، وهذا ما يفسر وقوفهم مليا عند العبارات والألفاظ، وشرح ما تتضمنه من معان، وفي ذلك تغليب للإرادة الظاهرة، ويستندون في رأيهم هذا إلى ما ورد في الحديث الشريف "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، وهي الزواج والطلاق والعتق[1]، بينما اتجه فريق من مذهب الإمام أبي حنيفة، إلى الأخذ بالإرادة الباطنة، لأن العبرة في نظره هي بالقصد الحقيقي الذي اتجهت له النية، أي بالمعاني لا بالألفاظ والمباني[2].

ويرى الدكتور علي حسين نجيدة، أن الفقه الإسلامي يقترب كثيرا من فقه القوانين الوضعية، حيث مزج بين نظرية الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، ويستند في ذلك إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء المسلمين، حيث يغلبون الإرادة الباطنة، كما إذا وردت عبارات لا يقصد معناها، بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء بوجوب الاعتداد بالعبارة لصعوبة الوقوف على المعنى الحقيقي، أي الإرادة الباطنة إلا ما استثناه جمهور الفقهاء المسلمين كما في عبارة السكران ردعا له، وكما في الزواج والطلاق والرجعة والعتق واليمين[3].

ويذهب جانب من الفقه[4] إلى أن الإرادة هي كل لا يتجزأ فهي لا تنقسم إلى إرادة باطنة وإرادة ظاهرة، ولكنها إرادة واحدة تمر بمرحلتين، مرحلة العزيمة الداخلية للقيام بفعل شيء ما، ثم مرحلة الظهور بالتعبير عنها خارجيا، فإذا انفصمت هذه الإرادة، نشأت عنها

---

[1]- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، بند 122، ص.193، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.419 في الهامش.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، المرجع السابق ص.470 وما بعدها. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط 2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص.461 وما بعدها، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.184.

[3]- علي حسين نجيدة، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، 1985، مطبعة عبير، ص. ص.14، 15.

[4]- منهم هاشم عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع المصري، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ نشر وبدون دار نشر، ص.202 وما بعدها، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.421.

فجوة، فيكون التعبير عن الإرادة قد أخطأ ما انعقد عليه العزم عند ترجمته إلى سلوك خارجي، ويتم ذلك إما بقصد كتم الحقيقة، كزواج المحلل، أو جهل بها، كمن يتزوج من إحدى قريباته على أنها تحل له شرعا، ثم يتضح له حرمة ذلك، فيكون الخطأ واحدا في الحالتين، ويترتب على كل منهما انعدام ما ترتبه الإرادة من آثار[1]، والأصل في انعقاد العقد أن يتم باللفظ لأنه أبلغ الصيغ والوسائل في التعبير عن الإرادة.

ويفضل الفقه الإسلامي صيغة الماضي لانعقاد العقد، لأنها من أكثر الصيغ دلالة على الإرادة في مرحلتها النهائية، ولذلك يؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة نظرا لكونها قاطعة في دلالتها، لذلك لا يؤخذ بالإرادة الباطنة بخلاف صيغة المضارع والأمر والاستفهام، لأنها صيغ تحتمل الحال والاستقبال، وعليه يجب عند استعمال صيغة المضارع، ونظرا لكونها تحتمل الحاضر والمستقبل، الاستدلال عنها بالدليل، أي حلف العاقد أنه نوى بها العقد، فإن لم يكن هناك دليل، فإنه يعتد فيها بالإرادة الباطنة، وذلك لعدم وضوح الإرادة الظاهرة، أما صيغة الأمر فهي مجرد طلب للإيجاب والقبول، ولذلك يرى الأحناف أنها ليست إيجابا ولا قبولا، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة في عدم البت والقطع، لذلك لا ينعقد بها العقد، فمثلا إذا قال المشتري للبائع بع لي هذا الشيء، فيقول البائع بعت، فلا ينعقد البيع ما لم يقل المشتري اشتريت.

كذلك لا ينعقد العقد بصيغة الاستقبال، كما إذا اقترنت الصيغة بالسين أو سوف، حيث يؤخذ أيضا بالإرادة الظاهرة ولا ينعقد العقد، ولذلك فإن الأصل هو الأخذ بالإرادة الظاهرة متى كانت هذه الإرادة واضحة، فإن كانت غير ذلك تعين الرجوع إلى النية أي

[1]– عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.423.

الإرادة الباطنة، فإن انصرفت إلى إبرام العقد تم العقد[1]، أما صيغة الاستفهام فلا ينعقد بها العقد لأنها سؤال الإيجاب وليست إيجابا[2].

وقد اشترط الشافعية والحنابلة في عقد الزواج أن يكون العقد بصيغة "الزواج" أو "النكاح" دون غيرها من الصيغ، واستدلوا في ذلك بتعبير القرآن الكريم بهذين اللفظين عن عقد النكاح لقوله تعالى: "فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها" (النساء، 24)، وقوله تعالى: "وخلق منها زوجها" (النساء، 1)، وقوله تعالى: "و لكم نصف ما ترك أزواجكم" (النساء، 12)، وقوله: "و الذين يرمون أزواجهم" (المائدة، 107)، وقوله: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" (البقرة، 229)، وقوله: "إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن" (الأحزاب، 49)، وقوله: "و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم.." (النساء، 22).

ولعل السبب في كل ذلك هو ما للزواج من عظيم الأثر على الطرفين[3]، بينما يجيز الأحناف والمالكية انعقاد الزواج بكل لفظ يفيد التمليك في الحال، سواء كان بلفظ التمليك أو الهبة أو الصدقة، طالما وجدت قرينة تدل على المعنى المقصود وهو الزواج لما ورد في الآية الكريمة: "و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة من دون المؤمنين" (الأحزاب الآية 50)، كما ورد بلفظ التمليك للحديث الشريف: "ملكتها بما معك من القرآن"[4].

وقد ينعقد العقد بالكتابة حتى ولو كان المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد وقادرين على النطق، ما عدا في عقد الزواج[5] طالما أنهما حاضران في مجلس العقد وقادران على

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ نشر، ص.88، 89.

[2]- علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص.20.

[3]- ابن تيمية، المرجع السابق، ص.300 وما بعدها.

[4]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.81.

[5]- وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.208، 211، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.378.

النطق حتى يسمع الشهود كلامهما، لأن شهادة الشهود شرط في إبرام عقد الزواج، فإن كانا غائبين فينعقد العقد في مجلس قراءة الرسالة وقبول المرأة بحضور الشهود[1].

وقد ينعقد العقد بالإشارة، وهي صورة من صور التعبير عن الإرادة، لكن مع اختلاف بين الفقهاء، فالأحناف يرون أن العقد لا ينعقد متى صدرت عن شخص قادر على الكلام، لأن الكلام أبلغ من الإشارة، فلا يترك لغيره إلا للضرورة كالعجز[2]، بينما يرى المالكية إمكانية التعبير بها، حيث سميت الإشارة كلاما كما في قصة زكريا عليه السلام لقوله تعالى: "قال رب اجعل لي آية، قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا" (آل عمران، الآية 41)، فإن تعذر النطق فلا خلاف بين الفقهاء في اعتبار الإشارة وسيلة للتعبير عن الإرادة شريطة أن تكون مفهومة لدى السامع، بل وتصح الإشارة للأخرس حتى في الزواج إن كانت مفهومة[3].

وقد ينعقد العقد بالأفعال التي تفيد معنى معينا اتجهت إليه الإرادة، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بـ "المعاطاة" أي دون التلفظ لا بالإيجاب ولا بالقبول بشرط، ألا تكون محل شك[4]، سواء كان ذلك في المعاوضات أو التبرعات بخلاف عقد الزواج، حيث يجمع

---

[1]- بخلاف الشافعية والأحناف الذين يمنعون التعاقد بين غائبين بالكتابة إلا إذا حال دونه عارض.

و بعد أن أشار الإمام ابن تيمية إلى أن الأصل في التعبير عن الإرادة هو اللفظ راح يعدد صورا أخرى لإخراج النية إلى حيز الوجود فيقول "إذا كان هذا هو الأصل، فإن التعبير عن الإرادة قد تقوم فيه الإشارة مقام اللفظ عند العجز عن النطق كإشارة الأخرس، وكذلك تقوم الكتابة مقام اللفظ في حالات معينة، كما يصح التعبير عن الإرادة بالأفعال أي الفعل الدال على المقصود، وهذا هو الاتجاه الغالب عند الأحناف ووجه في مذهب الشافعية وقول في مذهب الحنابلة، فالكتابة والأفعال تدل على إظهار النية، كما أن الكتابة تقوم مقام اللفظ، وإن كانت الكتابة لا تصح في عقد الزواج لأنها تفتقر إلى النية، والشهادة شرط على صحة النكاح، والشهادة على النية غير ممكنة"، ابن تيمية، المرجع السابق، ص.301، فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.80.

وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.209.

[2]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 82، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.379 وما بعدها.

[3]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 83. عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.380، 381.

[4]- وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.232.

الفقهاء على عدم جواز التعاطي في هذا العقد حفاظا على كرامة المرأة وحمايتها من الابتذال، حيث لا بد من قول يسمعه الشهود وتتحقق بموجبه العلانية[1].

أما السكوت فإن كان مجردا بمعنى خلوه من أي إشارة تفيد المعنى المقصود منه فلا يصلح لأن يكون تعبيرا عن الإرادة إعمالا للمبدأ المعبر عنه من قبل الإمام الشافعي: "لا ينسب لساكت قول"، ولأن السكوت في هذه الحالة قد يحتمل عدة تأويلات كالتفكير في الأمر، أو الرفض، أو عدم الاقتناع إلخ...، أما إن اقترن بما يفيد معنى القبول فقد أبيح ذلك[2]،كما ورد في هذا الشأن في القانون المدني (المادة 68 منه)[3].

2- سلامة الرضا من العيوب

لا يكفي وجود الإرادة في الفقه الإسلامي بالشكل السابق ذكره، بل يجب في هذه الإرادة أن تكون سليمة من العيوب التي قد تشوبها بما قد تؤثر على إرادة العاقد، فلا يعتبر العقد معها سليما ولازما، وهذه العيوب إما أن تنشأ منذ نشأة الإرادة فتؤثر في تكوينها من البداية فتنشأ مشوهة، وإما أن تنشأ بسبب طارئ لم يكن ملحوظا عند التعاقد لكن أدى إلى اختلال في التنفيذ، و السبب الطارئ على الإرادة التي ولدت سليمة مثل السبب المرافق لها منذ ولادتها، و عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي أربعة:

---

[1]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.83. مختلف أراء الفقهاء المسلمين من أفعال التعاطي، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.383 وما بعدها.

[2]- للقاعدة الفقهية "السكوت في معرض الحاجة بيان"، وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. ص.264 إلى 266.

[3]- ويكون ذلك متى كان السكوت في مصلحة من وجه إليه، أو كان هناك تعامل سابق، أو دلت على ذلك طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، ويضيف إلى ذلك الفقهاء المسلمون سكوت البكر في النكاح، وسكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه الخ... فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.84 في الهامش.

الإكراه، الغلط، التغرير (الخلابة)، والغبن (اختلال في التنفيذ)، ويصنف الإكراه والغلط والتغرير (الخلابة) كعيوب مرافقة لتكوين العقد، أما الغبن فيصنف كعيب في الرضا بسبب طارئ على تكوين العقد لكن يؤثر في الرضا مثل بقية العيوب الأخرى[1].

1.2-الإكراه

الأصل في الأفعال والتصرفات الصادرة عن الشخص أن تصدر عنه عن طواعية واختيار، فيكون مختارا ومتمكنا ما دامت إرادته اتجهت إلى الفعل أو التصرف المراد القيام به، أو امتنعت عن إتيان الفعل أو التصرف اجتنابا للضرر الذي قد يصيبه فيما لو قام بالفعل أو التصرف.

ويكون الاختيار سليما وصحيحا متى صدر الفعل أو التصرف عن إرادة حرة وسليمة، وقد يكون الاختيار غير سليم متى كان تحت الضغط أو الرهبة أو دفعا للضرر المتوقع في حال الامتناع عن إتيان الفعل أو التصرف، وهو ما يعرف بالإكراه.

ويعرف الإكراه لغة بأنه "حمل المرء على فعل أمر ما قهرا"[2]،أو هو "الضغط على إنسان بوسيلة مرعبة، أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك"[3].

واصطلاحا هو اسم الفعل الذي يأتيه المرء وينتفى فيه رضاه[4]، ويكون في صورتين: الأولى أن يكره شخص آخر بفعل مضر يوقعه به فيستجيب المستكره[5] لما طلب منه دفعا للضرر الواقع، وإما أن يكون التهديد بإيقاع الضرر بالمستكره إن لم يفعل فيستجيب المستكره دفعا للضرر المتوقع، وتسمى الحالة الأولى بالإكراه الحسي، أما الثانية فتسمى بالإكراه

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص. ص.364، 365.

[2]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.426.

[3]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.368.

[4]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.426.

[5]- منعا للالتباس بسبب اسم الفاعل، واسم المفعول من كلمة "مكره" يقترح مصطفى أحمد الزرقاء أن يميز بينهما بأخذ اسم الفاعل من "الإكراه" واسم المفعول من "الاستكراه" فيكون الفاعل "مكره" بكسر الراء وفي المفعول "مستكره" بفتح الراء. مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.366 في الهامش.

النفسي، كما أن الفعل المستكره عليه إما أن يكون إيجابيا أو سلبيا، وقد يكون الإكراه ماديا أو نفسيا، والإكراه إما أن يكون تاما أي لا يكون فيه للمستكره وسيلة للتخلص منه سوى تنفيذ ما طلب منه كالتهديد بالقتل، وإما أن يكون إكراها ناقصا كالذي لا يؤدي إلى تلف في النفس.

ويشترط في الإكراه ألا يكون مشروعا، أي أن تكون غايته غير مشروعة، فلو كان الإكراه بحق، كإكراه المدين على بيع ماله جبرا لوفاء ديونه، أو جبر الشخص على النفقة على من توجب لهم فلا تأثير له.

وقد حظي الإكراه بالنصيب الأوفر من اهتمام الفقهاء المسلمين دون بقية العيوب الأخرى، إلى درجة أن بعض الفقهاء ينفي معه وجود الإرادة تماما، كما في المذهب الشافعي، حيث يرى هذا الأخير أن الإكراه سبب لبطلان العقد، لأن الرضا والاختيار شرطان لانعقاد العقد والإكراه يسلبهما، ولأن من تصرف تحت الإكراه لم يقصد إنشاء العقد أصلا وإنما قصد إنقاذ نفسه.

بينما يرى الأحناف أن الإكراه، إذا ما انصب على عقد، فإنه يفسد العقد فقط، بمعنى أن العقد منعقد لا باطل، لكن يمكن فسخ ما يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة، فالبائع المكره له حق الفسخ كما له حق الإجازة سواء قبل القبض أو بعده فيصبح العقد صحيحا، لأن الفساد فيه حق للبائع لا حق للشرع بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه حيث لا ترد عليه الإجازة لأن الفساد فيه حق للشرع.

أما العاقد غير المكره، كالمشتري في البيع، فيسقط حقه في الفسخ بعد القبض، حيث يلزمه البيع لأن رضاه لم يشبه الإكراه، فإذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا يقبل الفسخ

كالبيع، بقي للبائع حق الفسخ، فإذا استعمل حقه في الفسخ، استرد المبيع من أي يد انتقل إليه[1].

أما البيع الفاسد لغير إكراه، فيبقى لكل من العاقدين حق الفسخ حتى بعد القبض، ولا يزول حق الفسخ إلا بتصرف المشتري في المبيع أو تغير المبيع[2].

أما ما لا يحتمل فسخه كالنكاح والطلاق والعتق، فلا يفسخ حيث تنفذ هذه العقود ولا تأثير للإكراه على نفاذها فهي تنفذ في حالة الإكراه كما في حالة الرضا[3]، أما في غير هاته العقود، فإذا أجاز المستكره العقد بعد زوال الإكراه أصبح العقد لازما وهذا هو رأي الحنفية.

وقد انتقد هذا الرأي لقولهم بانعقاد كل تصرفات المكره، ما عدا ما لا يحتمل الهزل منها، وعدم جواز فسخه، وكذا عدم التفرقة بين الإكراه الملجئ وغير الملجئ في مجال التصرفات[4]، وكذا قياسهم المستكره على الهازل مع الفارق بين الحالتين للحديث الشريف "إن الله وضع على أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[5].

أما المالكية فيرون بأن العقد المنعقد بالإكراه صحيح ولكنه غير ملزم[6]،بمعنى أن للمستكره الخيار في إجازته أو إبطاله[7].

---

[1]– يرى مصطفى أحمد الزرقاء أن الإكراه على التصرفات القولية كالإكراه على الطلاق لما فيه من تبعات مالية يكون فيه للزوجة المكرهة الرجوع على الزوج بالمهر، أما إن كان المكره على الطلاق هو الزوجة نفسها فيسقط حقها في المهر. مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.373.

[2]– وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.442 في الهامش.

[3]– مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 373. أنظر أيضا عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.428.

[4]– عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. ص.430، 431.

[5]– رواه ابن ماجة عن ابن عباس النسائي وصححه ابن حبان والحاكم على شرط الشيخين.

[6]– العقد غير الملزم في الفقه الإسلامي يقابل العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي.

[7]– مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 372 في الهامش.

أما عند الحنابلة، وهو أكثر المذاهب تقبلا لمبدأ سلطان الإرادة، فقد كان مترددا في عيب الإكراه بين البطلان وعدم اللزوم، فالأصل عندهم هو البطلان للإكراه، وقيل بأن العقد يحتمل الصحة عند زوال الإكراه وثبوت الخيار[1].

2-2الغلط

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، أو هو ما يفعله المرء على غير ما اتجهت إليه إرادته، سواء تولد الاعتقاد بصحة شيء كاذب أو كذب شيء صحيح، أو هو اعتقاد خاطئ يتولد في ذهن الشخص فيدفعه إلى التعاقد ولولاه لما أبرم العقد[2].

وفي الفقه الإسلامي هناك من يعرفه بأنه الخطأ[3] وهو خلاف ما تتجه إليه إرادة الشخص ومثاله قوله تعالى "و إن كنا لخاطئين" (يوسف، الآية 91).

وقد يطلق أيضا على ما يقع المرء فيه خلاف ما يعتقد، حيث تصيب الإرادة لكن يخطئ الفعل، أو هو ما يحدثه المرء بغير ما انصرفت إليه إرادته[4].

ويميز الفقهاء المسلمون بين الغلط العفوي والغلط الواضح.

1-2-2الغلط العفوي

يرى د/مصطفى أحمد الزرقاء بأن فقه المذاهب الأربعة يتفق بان الغلط العفوي من أحد المتعاقدين لا يعد عيبا في رضاه، ومن ثم لا يجيز له حق الإبطال إلا في الحالات التي يكون فيها الغلط واضحا ليس فيه مفاجأة للطرف الآخر، فالغلط العفوي ليس واضحا، ذلك أن الإرادة فيه تكون خفية، فتعتمد الإرادة الظاهرة، فإعطاؤه الحق في الإبطال، وإن كان فيه

---

[1]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.429.

[2]- هناك تعريفات كثيرة للغلط لكنها تكاد تؤدي نفس المعنى المقصود من مصطلح "الغلط" كعيب في الرضا، علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.157 في الهامش.

[3]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.433.

[4]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.433.

حماية لمصلحته، إلا أنه ظلم في حق المتعاقد معه الذي لم يصدر عنه أي تقصير، وفي ذلك تأثير لا محالة على استقرار المعاملات.

ويستثنى الحنفية من الغلط العفوي حالة ما إذا تعلق الأمر بشراء شيء لم يره المشتري، حيث يبقى للمشتري دون البائع حق الإبطال إذا لم يوافقه، للحديث الشريف "من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رأى.." وهو ما يسمى بخيار الرؤية، ما لم يسقط هذا الخيار بالرضا به صراحة أو ضمنا[1].

أما الغلط الواضح فإعطاء العاقد حق الإبطال لا يخل بمبدأ استقرار التعامل لان العاقد الآخر يكون على بينة من الغلط فلا يفاجأ بالإبطال[2].

2.2.2الغلط الواضح

اختلفت المذاهب الفقهية في حكم الغلط الواضح، فيرى الحنابلة أن العقد الذي ينطوي على الغلط الواضح لا يرتب أثرا على المحل المعقود عليه لعدم اجتماع ما يعتقده المرء مع ما يقوم به من فعل، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا ترتب أثرا على ما يجول في الخاطر لما في ذلك من عظيم الحرج والمشقة، خصوصا إن كان الفعل بما يخالف ما يريده العبد، بل هو يريد خلافه، لذلك فلا يؤخذ بفعله منعا للحرج والمشقة، بل ويدخل في ذلك حتى الخطأ في اللفظ من شدة الفرح أو الغضب والسكر أو الخطأ والنسيان وسبق اللسان، لذلك فاجتماع العقد مع الفعل هو الذي يرتب الحكم وبه يرتب العقد أثره النافذ[3].

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.400.

[2]- مصطفى احمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.393.

[3]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص393،

أما الشافعية فيرون أن الجهل والنسيان أو الخطأ بمعنى الغلط يبطل العقد اتفاقا، فالمماثلة أي اتفاق الظن مع العقل شرط لنفاذ التصرف[1].

أما في المذهب المالكي فالشخص الجاهل أي الذي وقع في غلط ثم اكتشف بعد العقد ما كان يجهله، فالجزاء هو عدم اللزوم فله الخيار، بالإجازة أو الفسخ، لأن الرضا شرط لصحة العقد، فإذا انعدم الرضا لم يصح العقد، فيكون الخيار للعاقد الذي اختل رضاه[2].

أما الأحناف فيرون أن العبرة بما ورد في العقد من ألفاظ وعبارات للتأكد من وجود الغلط، لأنها دليل على ما وقر في القلب من جهة، ولعدم زعزعة الثقة في المعاملات واستقرارها من جهة أخرى، فلا عبرة في نظرهم بالظن أو النسيان أو الإدعاء بالوقوع في الغلط لسهولة التحايل فيهما من جهة، ولصعوبة الإثبات من جهة أخرى.

فالأحناف يأخذون بالبينة، ويمكن في نظرهم الاستناد إلى الألفاظ المستعملة كدليل على ما ورد العزم على تنفيذه، وليس معنى ذلك أنهم يأخذون بالإرادة الظاهرة بصفة مطلقة.

كذلك فإن الأحناف يأخذون بخيار الوصف، وهو أن يذكر وصف للمبيع على أنه من نوع معين ثم يظهر غير ذلك، فيكون للمشتري الحق في إبطال العقد أو الفسخ، سواء تعلق الأمر بصفة في المبيع أو في جنس المبيع، حيث أن المشتري ما كان ليشتري إلا لوجود هذه الصفة المذكورة في المبيع، فالرضائية هي أساس حرية التعاقد في الشريعة، ومن

---

[1]– أما العقود التي لا تقبل الفسخ كعقد الزواج فإن الغلط لا يرتب خيار الفسخ، ولم يخالف ذلك إلا الإمام أحمد بن حنبل. أنظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية، المجلد الرابع، ص.77، ص 81، محمد سلام مدكور، أحكام الأسرة في الإسلام، ج.1، دار النهضة العربية، ط.1967، ص.81.فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.78 في الهامش، وهناك من يرى بأن حكم الغلط في المذهب الحنبلي هو عدم اللزوم وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.460، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.432 في الهامش.

الأشياء والنظائر للسيوطي، ص.ص.188، 190، المرجع السابق، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.432، بينما يرى البعض أن الحكم إنما هو عدم اللزوم أنظر وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.460.

[2]–مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص. ص.396، 397، انظر أيضا وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.460.

شأن الغلط أن يخل بهذا المبدأ، لأنه يتنافى والتوافق الإرادي الذي هو صلب هذه الحرية، لذلك فإن الإقرار بحق الإبطال أو الفسخ للغلط أمر تستلزمه هذه الحرية في التعاقد، والتي تقوم على الاحترام الحقيقي للإرادة، لذلك فإن حكم الغلط في العقد عندهم هو عدم اللزوم[1]، فإن لم يرد في الألفاظ ما يفيد الدلالة على المعنى المقصود، تعين على القاضي أن يظهر الحق بما يراه بالاعتماد على كل الوسائل الممكنة[2].

3-2.التغرير (الخلابة)

التغرير أو الخلابة وهي ما يقابل التدليس في القانون المدني، وهو إخفاء حقيقة الشيء المتعاقد عليه بصورة توهم المتعاقد لكي تدفعه إلى التعاقد[3].

والتغرير هو عيب من عيوب الإرادة العقدية، لا ينحصر في صورة معينة ولا يقتصر على استعمال وسائل بذاتها، بل أن كل وسيلة من وسائل التمويه على المتعاقد الآخر وإيهامه بقصد حمله على التعاقد تدخل في وصف التغرير.

والتغرير عادة ما يقوم به أحد المتعاقدين، وقد يقوم به الغير، و حينئذ لا بد أن يكون متواطئا مع أحد المتعاقدين، فيكون إما عالما بالتدليس الصادر من الغير، أو في استطاعته العلم بذلك[4].

وقد نهي الإسلام عن كل صور التغرير للحديث الشريف "من غشنا فليس منا"، ويصور بعض الفقهاء المسلمين التغرير في صور مختلفة أهمها الخيانة، و التناجش، والتغرير، وتدليس العيب[5].

---

[1]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.436، أنظر أيضا وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.460.

[2]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.435.

[3]- هاشم عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص.361.

[4]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.437.

[5]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.376.

والخلابة لها ارتباط بما يسمى بياعات الأمانة[1]، كما إذا باع البائع شيئا معينا ويكون الثمن مضافا إليه ربح معين أي نسبة معينة بالمقارنة بالمبيع، ولكن البائع كذب في تحديد قيمة المبيع الذي بموجبه يقدر الربح طمعا في حصول البائع على ربح أكبر.

أما التناجش فهو أن يتفق صاحب سلعة ما مع شخص آخر ليتظاهر هذا الأخير بالرغبة في شرائها، بل ويظهر رغبته في دفع مبلغ أكبر من قيمتها الحقيقية، مع أن نيته ليس في شرائها ولكن ليوهم غيره بشرائها بهذا الثمن، وهو تدليس صادر من الغير فالمدلس ليس هو البائع، ولكنه شخص يتواطأ مع البائع.

أما التغرير فهو الإغراء الذي يحصل من أحد المتعاقدين سواء بالقول أو الفعل الكاذب من أجل حمل أحد المتعاقدين وترغيبه بقصد إبرام العقد سواء كان في السعر أو في الوصف، ويكون في السعر إذا ذكر البائع أن المبيع يساوي أكثر مما يبيع به وليس له نظير في السوق بهذا الثمن، أو أن فلانا دفع له فيه أكثر.

وقد يكون في الوصف أي بذكر مزايا للمبيع لا توجد فيه، أو بتصفيف البضاعة بشكل يكون الجيد منها في الواجهة أو في الأعلى بينما يضع الرديء في الخلف أو في الأسفل، أو أن يوقف البائع عداد السيارة مدة معينة ليوهم المشتري أنها لم تستعمل طويلا، والأمثلة كثيرة في حياتنا العملية وفي أسواقنا حتى أصبحت هي القاعدة في التعامل.

أما تدليس العيب فهو أن يخفي أحد المتعاقدين عن المتعاقد الآخر عيبا خفيا في محل العقد، كما في المبيع في عقد البيع.

---

[1]– وهي أربع أنواع: الأول وهو بيع المساومة، وهو بيع يتفاوض فيه المتعاقدان أن حول الثمن بدون الأخذ بعين الاعتبار رأس مال البائع (المبيع)، والثاني وهو البيع الذي يحدد فيه الثمن على أساس رأس مال البائع (المبيع)، فإن كان البيع مضافا إليه ربح محدود من رأس المال يسمى "مرابحة"، والثالث وهو البيع بلا ربح، أي بما يقابل رأس المال (المبيع)، ويسمى التولية، والرابع وهو البيع بخسارة أي بأقل من رأس مال البائع ويسمى وضيعة، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاصطلاحي، المرجع السابق، ص.154، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.434.

ويسمى كذلك ولو لم يكن البائع عالما بالعيب عند التعاقد، وهو ما يسمى بخيار العيب، وهو يقابل ضمان العيب الخفي في القانون المدني[1]، فالأصل هو سلامة المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته أو من الانتفاع به، لأن تقدير الثمن والقبول به من طرف المشتري إنما كان مقابل المبيع الخالي من العيب، فمن شأن وجود هذا العيب أن تصبح قيمة المبيع أقل مما عليه عند الاتفاق، أو يصبح الانتفاع بالمبيع أو استعماله أقل مما كان يجب فيما لو كان خاليا من العيب كل ذلك، ما لم يتفق على عدم الضمان[2].

ويتم التغرير إما باستعمال وسائل احتيالية أو بالكذب، وقد يتم عن طريق السكوت.

ويكون باستعمال وسائل احتيالية عندما يكون الغرض منها تضليل العاقد الآخر لدفعه إلى التعاقد، كإعادة صبغ مبنى قديم لإيهام المشتري بأن البناء جديد.

وقد يكون التغرير بالكذب، كما رأينا في بياعات الأمانة، حيث يعتمد المشتري على ما يقوله البائع فيما يخص محل البيع، سواء في قيمة السلعة، أو فيما تتصف به من أوصاف، أو فيما يخص جودة المنتوج وخصائصه ومزاياه، حتى يغري المشتري بالشراء استنادا إلى هذه البيانات التي يقدمها البائع، فمثل هذه البيانات لها من الأهمية البالغة في نظر المشتري ما قد تدفعه للتعاقد على أساسها، لذلك لا بد على البائع أن يتصف بالأمانة والصدق، وإلا عد الكذب في البيانات المقدمة خيانة وغشا من شأنه أن يؤثر على حسن استقرار المعاملات ويؤثر على حسن سلامة رضا المتعاقد فيما لو علم بحقيقة الأمر.

وقد يكون التغرير بمجرد الكتمان، ويكون الأمر كذلك متى تعمد البائع كتمان بيانات هامة في نظر المشتري بحيث لو كان يعلمها لما تعاقد، أو أن من شأن هذه البيانات أن تؤثر في قيمة المبيع في نظر المشتري، وقد رأينا مثل ذلك في بياعات الأمانة، ففي مثل

---

[1]- المادة 379 مدني جزائري.

[2]- لم يصبح الاتفاق على عدم الضمان في بعض العقود مقبولا كما في عقد الاستهلاك، حيث أصبح الضمان إلزاميا في هذا النوع من العقود، لأنه أصبح من النظام العام ولو تم الاتفاق على عدم الضمان. أنظر المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش (القانون 09- 03) المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج.ر 15 المؤرخة في 08- 03- 2009.

هذه البيوع يتعين على البائع التصريح بالثمن الأصلي للمبيع حتى يتحدد بموجبه الثمن الذي يدفعه المشتري سواء كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة.

وتجمع المذاهب الفقهية على أن التغرير بجميع صوره السابق ذكرها، والتي يلجأ إليها أحد المتعاقدين تعيب رضا المتعاقد الآخر، وبالتالي تؤثر في القوة الملزمة للعقد، فيثبت لهذا العاقد الحق في إبطال العقد أو إجازته إن هو شاء ذلك.

ويرى الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء أنه يشترط أحيانا في التغرير وجود غبن يلحق بالطرف الآخر، وأحيانا لا يشترط وجود مثل هذا الغبن، فيشترط وجود الغبن الفاحش متى كان الهدف من التغرير هو الزيادة في السعر، فإن كان كذلك، وحتى يعيب الرضا وبالتالي يعطى الحق في الإبطال، يجب أن يصاحب التغرير غبن فاحش كما في صورة التناجش، حتى يكون للمضرور الحق في الإبطال.

فإن تعلق الأمر ببياعات الأمانة، وهي المرابحة، والتولية، والوضعية، فيكون للمشتري إما الحق في إبطال العقد أو الحق في إنقاص الثمن بما يقابل التحايل ولو لم يقع غبن في سعر المبيع، وذلك لأن البيع في بياعات الأمانة إنما يقوم على أساس قيمة المبيع باتفاق الطرفين، وعليه فإن كل تحايل أو كذب في بيان قيمة المبيع سيؤدي حتما إلى خلاف بين المتعاقدين ولو لم يكن فيه غبن[1].

فإن كان الغرض من التغرير ليس الغبن في حد ذاته، ولكن في صفة من صفات المبيع، كالإدعاء بجودة المبيع أو بوجود صفة فيه ثم تبين غير ذلك، كان ذلك عيبا في الرضا، فيكون للطرف الآخر الحق في الإبطال ولو لم يكن هناك غبن في الثمن، والسبب في ذلك هو أن المشتري اتجهت نيته إلى إبرام العقد بسبب تلك الصفة، فكان فواتها موجبا للخيار بين أن يبطل العقد لعيب في الرضا أو إجازة العقد[2].

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.385.

[2]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.386.

4-2. الغبن

الغبن هو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة في عقود المعاوضة، وهو في الفقه الإسلامي إما أن يكون يسيرا، أي مما يتساهل الناس في مثله ويدخل في تقويم المقومين وأهل الرأي والخبرة وهو مغتفر، ولا تأثير له في العقود لوجوده بكثرة في الحياة العملية واعتياد الناس عليه وعدم إمكانية تلافيه في المعاملات اليومية[1]، وقد يكون الغبن فاحشا وهو ما زاد عن ذلك، وقد اختلف الفقهاء في تقديره، فمنهم من قدره بـ 10% ومنهم من زاد إلى 20 % ومنهم من قدره بالثلث[2]، أو السدس أو نصف العشر أو إلى ما تعارف عليه الناس[3]، ومنهم من رد ذلك إلى أهل الرأي والخبرة[4].

وقد اختلف الفقهاء في حكم الغبن الفاحش، فمنهم من يرى[5] أن من وقع في الغبن، سواء كان ذلك نتيجة غرر أم لا، كان له الحق في فسخ العقد، لأن الطرف المغبون لحقه ضرر والضرر يزال، أما الرأي الثاني[6] فإنه يشترط الغرر للفسخ بالغبن[7] وللمشتري الخيار إن شاء رد المبيع وإن شاء أمسكه، فإن لم يكن الغبن يسيرا فلا فسخ إلا في حالة تلقى

---

[1]– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.418.

[2]– للحديث الشريف "الثلث والثلث كثير".

[3]– فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.78 في الهامش، أنظر أيضا عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.444.

[4]– للآية الكريمة "فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"، (الأنبياء الآية 7).

[5]– وهو قول في المذهب الحنفي، كما يثبت حق الإبطال للمسترسل وهو من يستسلم من بائع أو مشتر للطرف الآخر في العقد وهو جاهل بالسعر، فإن غبنه في السعر كان للمسترسل خيار الإبطال لقوله صلى الله عليه وسلم "غبن المسترسل ظلم"، مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص388.

[6]– وهذا هو رأي المذهب الحنفي، ومذهب الإمام مالك ما لم يكن عالما بالسعر أو استعجل فجهل، فلا خيار له لأن غبنه حينئذ كان نتيجة عجلته وتقصيره فلا يسمى مسترسلا. مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.ص.388، 389 في الهامش.

[7]– يستثنى الاجتهاد الحنفي حالات ثلاث يمنع فيها الغبن الفاحش ولو كان غبنا مجردا، أي لم تصحبه خلابة، وهي حقوق اليتيم، والوقف، وبيت المال، فلا يصح الغبن في هذه الحالات لأنها تحتاج إلى حماية أكبر لإمكانية التهاون في حمايتها. مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.388.

الركبان[1]، بينما يرى فريق آخر[2] بأنه لا خيار للمتعاقد المغبون سواء غره البائع أم لتقصير المشتري في حماية نفسه، وفي هذا المعنى يؤكد مصطفى أحمد الزرقاء "أن الغبن الفاحش في العقود لا يعيب الرضا ما لم يصاحبه شيء من الخلابة"[3] ويرى بأن الغبن إذا لم تقترن به الخلابة فلا يدل سوى على تقصير العاقد المغبون في عدم تحريه السعر ومعرفة حقائق الأمور ولا يدل بالضرورة على مكر أو خداع الطرف الآخر، فالتعامل اليومي يقوم على تضارب المصالح وتحقيق الربح، وهذا ما هو متعارف عليه وما جرى العمل به في الحياة العملية، فطلب الربح بدون الغش أو الاحتيال أمر مسموح به ما لم يضر بالجماعة كما في احتكار السلع الضرورية أو تحكم الباعة في الأسعار.

كما أن التعامل اليومي بين الأفراد، من غير التعاملات التي تضر بالجماعة، ليست من مهمة المشرع في أن يمنع الغبن المجرد من الغش والخديعة، وإنما ينحصر دور المشرع في توفير الظروف المناسبة لممارسة الحرية والمساواة في التعامل.

وعليه فإن على كل فرد أن يحمي نفسه بنفسه من الغبن المجرد، وأن يحرص على حماية نفسه بنفسه، فإن أهمل ولحقه غبن فيكون ذلك نتيجة تقصيره وعدم تحريه حقائق الأمور وعدم تبصره بحقيقة الأسعار[4].

---

[1]- تلقي الركبان هو أن يخرج الشخص إلى ضاحية المدينة ليتلقى القادمين ببضاعتهم وسلعهم من خارج المدينة فيشتري منهم بضاعتهم وسلعهم أو يبيع لهم هو ما يريدون شراءه، فإن غبنهم في السعر كان لهم الخيار في إبطال العقد من عدمه ولو لم يستعمل معهم شيئا من الخداع، للحديث الذي أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان وجعل لهم الخيار متى وجدوا أن من تلقاهم قد غبنهم، مصطفى أحمد الزرقاء، ص.389، 390.

[2]- وهو قول في المذهب الحنفي، والمذهب الشافعي.، مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص390.

[3]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.387.

[4]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.387.

و مع ذلك لم يجز بعض الفقهاء حتى الغبن اليسير، كحالة بيع أموال المدين المحجوز عليه وفاء للديون التي تثقل أمواله، وحالة بيع المريض مرض الموت، وحالة الغبن بالتغرير. أنظر عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.447.

ثالثا: اكتمال الأهلية وسلامتها من العوارض

لا يكفي لكي يقوم العقد وجود الرضا وسلامته من العيوب، بل يجب أن يصدر هذا الرضا عن شخص كامل الأهلية، وألا يشوب أهليته عارض من عوارض الأهلية.

1-اكتمال الأهلية

لإبرام العقد لا بد من اكتمال الأهلية، الأهلية لغة هي الصلاحية، فإذا قلت أن فلانا أهل لهذا الشيء فمعناه أنه أصلح له[1] ولها نفس المعنى اللغوي لدى الأصوليين، واصطلاحا هي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق وتترتب عليه الالتزامات، وهي ما تسمى بأهلية الوجوب، أما صلاحيته لإجراء التصرفات والتحمل بالالتزامات فهي ما يسمى بأهلية الأداء.

وأهلية الوجوب في القانون المدني نوعان: أهلية وجوب ناقصة، وهي تثبت للجنين لاحتمال ميلاده حيا أو ميتا، ولذلك تثبت له الحقوق دون الالتزامات، كالإرث والوصية، فهي لا تحتاج إلى قبول منه، وأهلية وجوب كاملة، وهي التي تثبت للشخص بواقعة الميلاد حيا وتستمر إلى حين موته بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته و ديونه[2].

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية والتحمل بالالتزامات، وهي في القانون المدني الجزائري تمر بمراحل ثلاث:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة عدم التمييز، وتبدأ من واقعة الميلاد إلى حين بلوغ الشخص سن التمييز[3]، وفيها تنعدم الإرادة وينوب عن الشخص وليه أو الوصي عنه.

---

[1]- مصداقا لقوله تعالى: "فأنزل الله سكينته على رسوله وعلى المؤمنين وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها". (الفتح، الآية 26).

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 1، المرجع السابق، ص.265 وما بعد أنظر أيضا عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.501.

[3]- المادة 42 مدني.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة التمييز وتبدأ ببلوغ الشخص سن 13 سنة ميلادية في القانون المدني حتى البلوغ[1]، ونميز فيها بين أنواع ثلاثة من التصرفات، النافعة نفعا محضا كقبول الهبات غير المشروطة، وهذه التصرفات صحيحة ونافذة، أما التصرفات الضارة ضررا محضا كالتبرع فلا تصح ولو أجازها الولي أو الوصي، فإن كانت التصرفات دائرة ما بين النفع والضرر كالمعاوضات مثل البيع والإيجار والرهن فهذه تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

أما المرحلة الثالثة: وهي مرحلة البلوغ أي سن الرشد، وهي 19 سنة ميلادية كاملة، وفيها يصبح الشخص كامل الأهلية، وله أن يجري مختلف أنواع التصرفات، ومع ذلك فمتى بلغ الشخص هذه المرحلة ثم اعترضه عارض من عوارض الأهلية التي تعدم الأهلية، كالتي تصيب العقل وهي الجنون والعته، وهاته تعدم الأهلية، أما التي تصيب التدبير وهي السفه والغفلة، فتنقص من الأهلية، فالأولى تبطل كل تصرفاته، لأنه يأخذ حينئذ حكم الصبي غير المميز، أما الثانية فتكون تصرفاته قابلة للإبطال قياسا على تصرفات الصبي المميز[2].

وفي الفقه الإسلامي يقسم الفقهاء المسلمون الأهلية أيضا إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وأهلية الوجوب لها نفس المعنى في القانون المدني، أي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وتنشأ للشخص من تاريخ ميلاده إلى ما بعد وفاته لحين تصفية تركته، بل وتثبت له قبل الميلاد لكن تكون ناقصة[3].

أما أهلية الأداء فمناطها التمييز، وهي كما رأينا في ظل أحكام القانون المدني، ويقسمها الحنفية إلى مراحل ثلاث:

---

[1]- المادة 43 مدني

[2]- المادة 78 مدني والتي تنص: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

[3]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.501.

المرحلة الأولى: انعدام التمييز وقد حددها الفقهاء دون السابعة من العمر، وفيها تبطل تصرفات الصبي غير المميز حيث يمنع من التصرف في أمواله حماية له، كما يمنع من كل أنواع التصرفات حتى ولو كانت نافعة له، كقبول الهبات حيث ينوب عنه الولي أو الوصي إلى حين بلوغه.

والمرحلة الثانية وتتحدد ببلوغ الصبي سن السابعة وحتى البلوغ، وفيها نميز بين تصرفاته، فهي إما أن تكون تصرفات نافعة نفعا محضا، كقبول الهبات غير المشروطة والوصايا، وتكون صحيحة ونافذة دون إجازة لانتفاء الضرر، وإما أن تكون ضارة ضررا محضا كالتبرع، فلا تصح ولو أجازها الولي أو الوصي، وإما أن تكون دائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار والرهن، وهذه تصبح نافذة بإجازة الولي أو الوصي.

وقد اختلف الفقهاء في إمكانية السماح له بالتصرف بإذن وليه، فمنهم من رأى بعدم الجواز لعدم البلوغ، ومنهم من رأى بالجواز متى كان عاقلا محجورا عليه[1].

ويرى جمهور الفقهاء بان الخروج من الحجر يكون في الذكور بالبلوغ، غير أن الإمام مالك رأى بان الأنثى لا تخرج منه إلا بعد الزواج والدخول ومرور مدة معينة[2].

أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة البلوغ، ويكون ذلك بظهور العلامات الطبيعية الدالة على ذلك، غير أن هناك من يحددها بسن معينة، لكنهم اختلفوا في تقدير هذه السن، فمنهم من حددها بخمسة عشرة سنة، ومنهم من حددها بخمسة وعشرين سنة[3].

---

[1]- فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص.503.

[2]- وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه المدة وهي من عام إلى سبعة أعوام، ويرى هاشم عبد المقصود سعد أن تقييد حرية الإناث دون الذكور في المذهب المالكي لا يستند إلى كتاب أو سنة أو إجماع فقهي، كما أنها تتعارض مع مبادئ الدين الإسلامي، هاشم عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص.140، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.504.

[3]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.77 في الهامش.

2. سلامة الأهلية من العوارض

متى بلغ الشخص سن الرشد، ومعياره لدى الفقهاء المسلمين هو الصلاح في المال وحسن التصرف فيه، بينما يرى البعض الآخر صلاح الدين، حيث يصبح الشخص قادرا على التصرف في أمواله بدون قيد، أما إذا اعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون، وهو آفة تصيب العقل وفيه نميز بين ما إذا كان الجنون مطبقا وبه تنعدم أهلية الأداء، ويأخذ حكم الصبي غير المميز، فإن كان منقطعا فيرى الأحناف صحة تصرفاته في فترات الإفاقة وبطلانها متى صدرت في حالة الجنون[1].

ومن العوارض أيضا العته، وهي آفة تجعل الشخص مضطربا مختلا في تفكيره وكلامه، ومنها أيضا السفه وهو الإنفاق على غير مقتضى الشرع[2]، وكلاهما يأخذان حكم الصبي المميز[3].

أما ذو الغفلة، وهو الذي يسهل خداعه، وعدم معرفته لعواقب الأمور لدى إجراء التصرفات، فيأخذ حكم الصبي المميز[4].

فإن بلغ الصبي سن الرشد ولم يعلم رشده من سفهه، ففيه قولان لدى الإمام مالك، الأول أنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه، والثاني هو أنه محمول على السفة حتى يتبين رشده، وهو الرأي الغالب.

---

[1]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.505.

[2]- ويرى أبو حنيفة أنه لا يحجر على البالغ العاقل الذي بلغ سن الخامسة والعشرين بسبب السفه، حتى ولو أدى سفهه إلى إتلاف المال لانقطاع الأمل في تأديبه، ويستند في ذلك إلى قوله سبحانه وتعالى "و آتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب" (النساء، الآية 2). ويسمى السفيه يتيما لقربه منه، كما أن أول مراحل البلوغ قد يصاحبها السفه. بينما يرى الصاحبان أن السفيه لا يدفع له ماله، ولا يتصرف فيه حتى يصبح راشدا، حيث يبقى المنع ما بقيت العلة للآية الكريمة "فإن آنستم منهم رشدا" النساء، الآية 6، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. ص.505، 506.

[3]- بخلاف حكم المعتوه في القانون المدني حيث يأخذ حكم فاقد التمييز (المادة 42 مدني).

[4]- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.77 في الهامش

أما بالنسبة للسكران فللفقهاء بشأنه ثلاثة مذاهب:

الأول: وقد نادى به الحنابلة، ويرون بأنه لا يؤخذ بما صدر عن السكران قولا أو فعلا لعدم اجتماع الإرادة مع القول أو الفعل.

الثاني: وقد نادى به الأحناف، فيرون بأن السكران يلتزم بعباراته إن كان المسكر حراما زجرا له، ولأن العقل قائم، أما إن كان السكر بحلال كالتداوي، فلا أثر لتصرفه لانعدام القصد في ارتكاب المعصية.

والثالث: ويرى أصحاب هذا المذهب صحة تعاقد السكران بغض النظر فيما إذا كان المسكر حلالا أو حراما[1].

ويؤيد الدكتور عبد الحميد فودة الرأي الأول، حيث يرى بأن "مناط التكليف هو العقل وقد استتر بالسكر، ولأن أساس التعاقد هو التراضي، ولا وجود للأخير مع استتار العقل، ولأن الشارع قد جعل الحد فحسب عقوبة للسكر، فلا مبرر لتصحيح تصرفات السكران زجرا، كما أنه لا مبرر في الشرع للتفرقة بين من أسكر بمحرم ومن أسكر بحلال للتداوي.."[2].

وأرى برجحان هذا الرأي لأن القول بصحة تصرف السكران هو في الواقع عقوبة إضافية له كما أن ذلك سيؤدي إلى زوال ماله الذي هو قوام حياته وحياة عائلته، وقد يدفع المتعاقد مع السكران للإثراء على حساب هذا الأخير خصوصا إن كان ذلك عن عم

الفرع الثاني: مدى إمكانية الحد من مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي

الأصل في الفقه الإسلامي هو حرية الأفراد في إنشاء ما يشاؤون من العقود، وذلك لسد احتياجاتهم وتلبية لما تدعو إليه الحاجة، مما لا يتعارض مع أسس ومبادئ الدين الإسلامي الحنيف.

---

[1]- أنظر عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.507.

[2]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.508.

ويتمثل مبدأ سلطان الإرادة في قدرة الإرادة على إنشاء العقود، وفي ترتيب آثارها كمبدأ عام، أي أنه يتألف من شقين: الأول هو مبدأ الرضائية، والتي تعنى كفاية الرضا في إنشاء العلاقات التعاقدية، والثاني وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والمعبر عنه بقدرة الإرادة في ترتيب آثار العقد، والتزام طرفي العقد بعدم نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي ينص عليها القانون[1].

وقد رأينا كيف أن المبدأ الأول لم يثر لدى الفقهاء المسلمين أي إشكال، وهذا باتفاقهم على أن العقد إنما ينشأ بإرادة عاقديه، أي باقتران الإيجاب بالقبول، ووجوب صدور الرضا عن إرادة حقيقية وخالية من العيوب مع توافر الأهلية اللازمة لذلك، إلا أن الشق الثاني المتعلق بقدرة الإرادة في تحديد آثار العقد أو في تعديل هذه الآثار فقد كان محل خلاف بين الفقهاء المسلمين، وبالتالي مع الفقه الوضعي، فهم يختلفون في مدى حرية المتعاقد في تحديد آثار العقود، وفي تحديد الشروط المتصلة بهذه الآثار.

ويرى مصطفى أحمد الزرقاء بحق، أنه لا يجوز القول في أي تشريع ما، سواء تعلق الأمر بالتشريع الإسلامي أو بالقانون الوضعي، بأن أحكام العقود وآثارها هي عمل توجبها إرادة العاقد فحسب لا إرادة الشارع، وإنما تعتبر في ظل كل تشريع من عمل الشارع لا من عمل العاقد، فإعمال مبدأ إلزام المتعاقد بما التزم به، إنما هو تطبيق ورد الإلزام به سواء في القانون أو في الشرع، ومن ثم فلا خلاف بين القانون والشرع، فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين قانونا، فإن المبدأ هو نفسه في الفقه الإسلامي.

فإذا خلت إرادة العاقدين من تحديد هذه الشروط أو آثارها في العقد، تعين تطبيق ما قرره القانون أو الشرع من آثار لهذه العقود.

---

[1]- المادتان 59 و106 مدني.

غير أن الخلاف بينهما هو مدى ما فوضه الشارع والقانون إلى العاقدين من سلطان في تعديل الأحكام التي قررها التشريع في كل عقد، أو بمعنى آخر، فإن الأمر يتعلق بمدى الحرية الممنوحة في ظل كل منهما في وضع الشروط العقدية، وفي تعديل هذه الشروط.

فهل الحظر هو الأصل و الحرية هي الاستثناء أم العكس؟ لكن و قبل ذلك نبرز أصل الخلاف الفقهي.

أولا: الاختلاف الفقهي حول مدى الحرية التعاقدية

وهذا هو المجال الذي اختلفت فيه الاجتهادات الفقهية في الفقه الإسلامي من حيث التوسع في هذه الحرية الممنوحة للعاقدين في وضع هذه الشروط أو في تقييدها[1].

فالشارع نص على بعض العقود وجعلها سببا يفضى إلى ترتيب آثارها، ثم إن هذه الآثار حددها الشارع بالنسبة لكل عقد منها[2].

ومن شأن الشروط التي تتضمنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة أحد الطرفين أو لكليهما، فهل بإمكان المتعاقد تعديل هذه الآثار بما يضعه من شروط أم لا يستطيع ذلك؟ باعتبار أن تحديد الشارع لآثارها يقتضي وجوب احترامها وعدم تغييرها أو تبديلها بإرادة المتعاقدين؟

هذا ما نبحثه، حيث سنرى أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في ذلك، فمنهم من يرى أن الأصل هو المنع والتحريم حيث لا يباح من ذلك إلا ما أباحه الشارع وورد به نص من

[1]– محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مقال بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثاني، ابريل يونيو 1964، مطابع البلاغ، ص.14. مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.475 في الهامش.

[2]– عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.453.

الكتاب والسنة أو الإجماع أو القياس، ومن بين القائلين بذلك الظاهرية والشافعية[1].

أما الفريق الثاني فيرى أن الأصل في العقود والشروط إنما هو الإباحة، وللإنسان أن يبرم ما شاء من العقود، وأن للإرادة القدرة على تحديد آثار العقد، وأن يضيف من الشروط على هذه الآثار ما يراه مناسبا له، ما دام لم يمنعه الشارع متى كان ذلك في مصلحة المتعاقدين، ولا يخالف أصلا من أصول الدين، ومن بين القائلين بذلك الحنابلة والإمام ابن تيمية وابن القيم والمالكية[2].

ثانيا: الأصل في العقود والشروط الحظر ما لم يأذن به الشرع:

ويتزعم هذا الاتجاه الظاهرية والشافعية، حيث يرون أن الأصل في العقود والشروط إنما هو الحظر والمنع، ومن ثم فليس للأفراد الحرية في فرض شرط من الشروط ما لم يرد به نص في الشرع، وهو ما يسمى بفكرة الجعلية.

ونبين فيما يلي المقصود بفكرة الجعلية في الفقه الإسلامي ثم موقف المذاهب الفقهية من فكرة الجعلية.

1.المقصود بفكرة الجعلية في الفقه الإسلامي

يقصد بفكرة الجعلية في الفقه الإسلامي أن آثار العقود إنما هي بفعل الشارع الذي شرع العقود ورتب آثارها فجعل لكل عقد شروطه وآثاره، ودور الإرادة فيه إنما يقتصر على

---

[1]- يسمون بالظاهرية لانهم يقفون عند ظواهر النص والأثر، ويرفضون القياس في استنباط الاحكام، ولذلك فهم لا يعترفون لا بصحة العقود ولا بصحة الشروط إلا ما ورد جوازه بالنص أو الإجماع وإلا أبطلوه، فتاوى ابن تيمية، ج.3، ص.323 عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.455، محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص.14، عباس حسيني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص.78.

[2]- رمضان محمد عبد المعطى، المرجع السابق، ص61.الموقع ramadan.mohamed@media.ws، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.455، محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص.464 فما بع
و هناك اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين ويمثله الحنفية والبعض من المالكية. عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.473.

إنشاء العقد فحسب، فهي لا تستطيع ترتيب آثاره التي هي من فعل الشارع الحكيم، وعليه فإن دور المتعاقد إنما ينحصر فقط في الدخول أو عدم الدخول في العلاقة العقدية، فإذا اختار الدخول ترتبت الآثار تلقائيا دون دخل لإرادته للآية الكريمة "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا" (المائدة، الآية 3)، وقوله تعالى "و من يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها" (النساء 14)، وقوله "و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" (البقرة، الآية 229).

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن إنشاء عقود جديدة أو شروط جديدة إنما هي اتهام للدين بالنقص بعدما بين المولى عز وجل الحدود والفرائض والحلال والحرام بتنزيل ما أنزل بلا زيادة أو نقصان، فالشريعة رسمت حدودا ومعالم حتى تسود المعاملة العادلة بين الناس، فلا يترك أمر الناس بلا ضوابط أو قيود لمنع الظلم والغرور، وكل عقد لا يعتمد على أصول ثابتة يعد تعد لحدود الله، ومن ثم لا يعتد به، وما يؤكد هذا المعنى ما ورد في الحديث الشريف "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"، أي أن كل عمل لم يأذن به الشرع يكون باطلا ولا أثر له، وتدخل في هذا المعنى العقود، حيث لا يصح منها إلا ما أذن به الشرع أو الإجماع، وللحديث الشريف "كل شرط ليس في كتاب الله فهو رد"، بمعنى أن كل شرط لم يرد ذكره في كتاب الله يكون باطلا[1]، ففي عقد البيع ينشأ العقد بالتراضي بين

[1]– يرى البعض من الفقهاء أن الاستدلال بهذه الآيات والأحاديث الشريفة إنما بني على فهم خاطئ، فهو استدلال في غير محله، فالأدلة الشرعية غير محصورة في النص أو الإجماع، فهناك المصلحة والعرف وغيرها من مصادر الشريعة، فإذا كانت الشريعة قد بينت ما يحقق مصالح الأمة على أساس من العدل، فليس معنى ذلك بطلان العقد، وإنما بطلان الشرط فحسب، كما أن الاستدلال بالحديث "كل شرط ليس في كتاب الله فهو رد" هو استدلال في غير محله، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما قال هذا الحديث، إنما قاله بمناسبة شرط مخالف لكتاب الله وليس شرطا مسكوتا عنه، فخصوص السبب لا ينفي عموم اللفظ، فالشرط الذي ليس في كتاب الله هو من قبيل الشرط المسكوت عنه، كما أن الاستدلال بالآية الكريمة "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" إنما هو استدلال بالعقود والشروط التي نهى الله عنها فقط، أما في ما عدا ذلك فهو وجوب الوفاء بالعقود والشروط أيا كان نوعها ما لم يرد المنع بشأنها، وما يؤكد هذا المعنى قوله صلى الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم" وقوله كذلك "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، أي ما خالف نصا محلا أو نصا محرما. عباس حسين محمد، المرجع

الطرفين لقوله تعالى "يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء، الآية 29)، أما الوفاء بالالتزامات العقدية فهي مصداقا لقوله تعالى "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة، الآية 1).

وفي هذا المعنى يرى الشيخ محمد أبو زهرة أن آثار العقد في المفهوم القانوني تنشئها إرادة المتعاقدين الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة "العقد شريعة المتعاقدين"، فكل ما يرتضيه العاقد من أحكام يكون صحيحا واجب الوفاء، أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة إنما تنشئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها إنما تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد[1].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه بالقول، أن الشارع قد وضع لكل عقد من العقود أثرا يترتب عنه متى توفرت شروط هذا العقد، وهو ما يعرف بمقتضى العقد، والتي نص عليها الشرع حفظا للتوازن بين المتعاقدين في الحقوق والواجبات، وليس للمتعاقدين أن يشترطا شروطا تخالف هذا المقتضى.

فمقتضيات العقود إنما تثبت بحكم شرعي وليس لأي متعاقد أن يخالفها أو أن يعدل منها إلا إذا وجد دليل شرعي يجيز ذلك[2].

فمقتضى العقد في عقد البيع هو نقل ملكية المبيع للمشتري ودفع الثمن للبائع، وهو في عقد الزواج حل الاستمتاع بين الزوجين وثبوت النسب والتوارث والنفقة[3].

ولذلك فهذه الالتزامات إنما يستلزمها العقد، فيعتبر العاقد ملزما بها دون حاجة إلى اشتراطها في العقد صراحة من قبل العاقد الآخر لأنها من تنظيم الشرع[4].

السابق، ص.81.عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.461.درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.74.فؤاد محمد معوض، المرجع السابق، ص.86.

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.474 في الهامش.

[2]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.443.

[3]- درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.76.

[4]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.443.

أما في غير هاته الطائفة من الالتزامات العقدية فلا يلتزم العاقد بها إلا بما اشترطه الطرف الآخر عليه أو أضافه إلى العقد، مثل اشتراط البائع بأن يستبقي المبيع لديه على سبيل الإيجار أو الوديعة، أو اشتراط البائع على المشتري عدم الضمان للعيب في المبيع، أو اشتراط المشتري تأجيل دفع الثمن.

لذلك فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن مقتضيات العقود إنما تثبت بدليل شرعي يتعين على العاقد احترامها بألا يضيف لها شيئا أو أن يقيدها، ما لم يسمح له بذلك الدليل الشرعي، ويؤيد هذا الرأي الفقه الشافعي الذي هو أكثر المذاهب تضييقا وتشددا في حرية ترتيب الشروط العقدية.

2. موقف المذاهب الفقهية من فكرة الجعلية

أخذ الشافعية بمبدأ الحظر في العقود والشروط، لكن استثنوا من هذه القاعدة الشروط التي يقتضيها العقد، وكذا الشروط التي ورد بشأنها نص، كما أجازوا صفة مقصودة في العقد.

وإن كان المذهب الشافعي هو أقرب المذاهب إلى الظاهرية، إلا أنه توسع عنهم في مواضع كثيرة، فقد فسر الحديث "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو رد" بأنه كل شرط يخالف ما ورد في كتاب الله أو سنة رسوله بخلاف تفسير الظاهرية الذي يقضي ببطلان كل شرط لم يرد في كتاب الله وسنة نبيه، كما توسع الشافعية في الشروط المسكوت عنها، فالظاهرية يرونها باطلة بخلاف الشافعية، ما لم تخالف نصا في الكتاب أو السنة، ورغم ذلك فإن الشافعية يقلصون من مبدأ حرية الشروط والعقود في الفقه الإسلامي إلى حد كبير.

وقد استثنى الشافعية من صفة الحظر كل شرط يقتضيه العقد، كشرط تسليم المبيع، أو شرط تقديم رهن أو كفيل لضمان دفع الثمن في عقد البيع، أو ضمان البائع لأي خلل قد يصيب المبيع، للآية الكريمة "و أنا به زعيم" (يوسف، الآية 72)، أي كفيل، كما يجيزون

اشتراط الشهادة في العقود لقوله تعالى "و أشهدوا إذا تبايعتم" (البقرة، الآية 282)، كما أجازوا شرطا في العقد يتحقق به العلم بالمبيع وبصفاته[1].

أما المالكية فيرون بأن وجود أي شرط ينافي مقتضى العقد أو يفسده أو يعدل من شروطه فإن العقد يصح لكن يبطل الشرط.

أما الاجتهاد الحنفي فالأصل فيه المنع، غير أن الفقهاء الحنفيين يميزون بين العقود، فإن تعلق الأمر بعقود المعاوضات المالية، وهي العقود التي يمثل فيها المقابل قيمة مالية، كما لو أضاف العاقد شرطا يتنافى والتوازن العقدي، كأن يضيف المشتري شرطا في عقد البيع يلزم به البائع بان يتحمل مصاريف إضافية من شأنها أن تخل بالتوازن العقدي، كان الشرط مفسدا للعقد، أما إن تعلق الأمر بالعقود غير المالية كعقد الزواج فيلغى الشرط ويصح العقد.

غير أن الاجتهاد الحنفي يستثنى من ذلك أنواعا ثلاثة من الشروط حيث يراها صحيحة وهي:

الأولى: وهي ما يبيحه الشارع كتأجيل دفع ثمن البيع، وكخيار الشرط في العقد[2]،وخيار التعيين، وهو أن يرد العقد على مجموعة أشياء بشرط أن يكون لأحد العاقدين تعيين ما يراه مناسبا.

و الثانية: وهي الشروط التي تلائم العقد ولا تتنافى معه، كالضمانات التي يشترطها أحد العاقدين لتنفيذ الطرف الآخر التزامه، مثل اشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل كضمان للوفاء بالثمن المؤجل الدفع.

---

[1]– عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. ص .464، 465، 467.

[2]– كأن يشترط المشتري في العقد خيار إبرام العقد خلال مدة معينة متى احتاج إلى التروي خشية الغبن للحديث الشريف "إذا اشتريت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام.." ومثاله أيضا خيار حق الفسخ خلال مدة معينة، مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.73.

و الثالثة: وهي الشروط التي جرى العرف على التعامل بها، والتي لا تتنافى مع الشرع، كما لو تعارف الناس على إلزام البائع تحمل مصاريف نقل المبيع للمشتري، أو ضمان البائع لأي خلل قد يصيب المبيع، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا[1].

ويبني الاجتهاد الحنفي موقفه من حرية الشروط العقدية على مبدأ التوازن العقدي أساسا، إذ يرى أن اشتراط منفعة لأحد العاقدين على غير مقتضى العقد، من شأنه أن يخل بالتوازن العقدي، فتشبه حينئذ ربا الفضل الممنوع شرعا، بخلاف ما لو جرى العرف على اشتراطها، فتدخل حينئذ في الاعتبار عند اشتراطها في احتساب العوض، فلا تؤثر حينئذ على التوازن العقدي.

ويرى بحق الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء أنه لا فرق بين الشرط المتعارف عليه وغير المتعارف عليه في التأثير على التوازن العقدي، فالشروط عادة تؤخذ بعين الاعتبار عند إضافتها للعقد وقبولها من الطرف الآخر، ولذلك فلا مجال للتفرقة بين الشرط الفاسد وغير الفاسد، فقد أصبحت كل الشروط صحيحة بفعل اعتياد الناس عليها وأخذها بعين الاعتبار عند التعاقد وتعارف الناس عليها، ما لم تصطدم بنص تشريعي تمنعها أو تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية، كعقد الزواج الذي يستثنى تماما من مبدأ سلطان الإرادة في آثاره أو في تعديل هذه الآثار، لما له من بالغ الأثر ليس فقط على المتعاقدين فحسب بل على الأسرة والمجتمع أيضا[2].

كما يرى بأنه لا يجوز القول في أي تشريع ما، سواء تعلق الأمر بالتشريع الإسلامي أو بالقانون الوضعي، بأن أحكام العقود وآثارها هي عمل توجبه إرادة العاقد فحسب لا إرادة الشارع، وإنما تعتبر في ظل كل تشريع من عمل الشارع لا من عمل العاقد، فإعمال المبدأ وإلزام المتعاقد بما التزم به إنما هو تطبيق ورد الإلزام به، سواء في القانون أو في الشرع،

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص. ص.477، 478.

[2]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص. ص .478، 479.

ومن ثم فلا خلاف بين القانون والشرع، فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين قانونا، فإن المبدأ هو نفسه في الفقه الإسلامي.

فإذا خلت إرادة العاقدين من تحديد هذه الشروط أو آثارها في العقد، تعين تطبيق ما قرره القانون أو الشرع من آثار لهذه العقود

غير أن الخلاف بينهما هو مدى ما فوضه كل من الشارع والقانون إلى العاقدين من سلطان في تعديل الأحكام التي قررها التشريع في كل عقد، أي بمعنى آخر فإن الأمر يتعلق بمدى الحرية الممنوحة في ظل كل منهما في وضع الشروط العقدية، وفي تعديل هذه الشروط، وهذا هو المجال الذي اختلفت فيه الاجتهادات الفقهية في الفقه الإسلامي من حيث التوسع في هذه الحرية الممنوحة للعاقدين في ترتيب آثار العقود أو في تقييدها[1].

ثالثا: الأصل في العقود والشروط الحرية ما لم يمنعه الشرع

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأصل في العقود والشروط إنما هو الصحة والجواز، إذ لا يشترط في النص إباحة العقد أو الشرط، وإنما يكفي ألا يكون هناك نص يحرم العقد أو الشرط، فإن لم يوجد مثل هذا النص، كان للشخص مطلق الحرية في إنشاء ما يريد من عقود، أو أن يضيف ما يراه من شروط[2].

ويتزعم هذا الاتجاه جمهور الحنابلة و الأحناف و المالكية[3] و البعض من الشافعية ويستدل أنصار هذا الاتجاه بمجموعة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية.

فمن الآيات قوله تعالى "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة، الآية 1)، وقوله تعالى "و بعهد الله أوفوا" (الأنعام، الآية 152)، وقوله "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا"

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.475 في الهامش.

[2]- عبد الحليم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 394، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.468.

[3]- مصطفى أحمد بسيوني، المرجع السابق، ص.146 في الهامش.

(الإسراء، الآية 34)، وللحديث الشريف "المسلمون على شروطهم"، وكذا قول عمر بن الخطاب في وصيته إلى أبى موسى الأشعري "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا"[1].

فلفظ العقود في الآية الكريمة جاء بلفظ العموم دون التخصيص بعقد معين، ونفس المعنى ورد لفظ "عهد" في الآية الكريمة، وقد فسر قول عمر إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا معنى الحديث "ليس في كتاب الله" بمعنى ألا يخالف الشرط ما ورد في كتاب الله.

فالأصل إذن حسب أنصار هذا الاتجاه هو عدم حصر لفظ العقد في إطار ضيق، وإنما يتسع نطاق العقد بحسب اتجاه إرادة العاقدين، لكن لا يصح أن تصطدم هذه الإرادة بنص من نصوص الشريعة[2].

ويقف الاجتهاد الحنفي من مسألة نظرية مقتضى العقد موقفا متميزا، حيث يتوسعون في تفسير مصلحة العاقد، فهذه المصلحة لا ينبغي أن تفسر تفسير ضيقا بما يستلزمه مقتضى العقد، بل إن مصلحة العاقد هي من مصلحة العقد ذاته طالما كانت مشروعة[3].

فالعقد، وإن تضمن شرطا ينافي مقتضى العقد، فإن الشرط هو الذي يبطل وليس العقد، أما إن كان في مصلحة العاقد كان الشرط من مصلحة العقد أيضا، مثل أن يشترط البائع رهنا في عقد البيع كضمان للثمن المؤجل الدفع، فالشرط هنا لا ينافي مقتضى العقد، أما إن كان الشرط هو عدم بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين، أو ألا يستوفي الدائن الثمن من ثمن بيع المال المرهون، بطل الرهن لمنافاته مقتضى العقد، ومثاله أيضا اشتراط

---

[1]- وفي ذلك يرى ابن تيمية "إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي، والأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد". المصدر: فتاوى ابن تيمية، ج 3، المرجع السابق، ص 239، مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.482.

[2]- حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، معهد الدراسات العربية، الإسكندرية، 1956، ص.11.

[3]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.482.

البائع على المشتري أنه إذا أراد بيع المبيع يكون البائع أحق بشرائه منه بثمنه، أو أن يشترط البائع استبقاء المبيع بعد البيع لمدة معينة للإنتفاع به، ومنه أيضا البيع بالعربون[1].

فكل شرط لا ينافي مقتضى العقد يكون صحيحا طالما أنه في مصلحة العاقد.

فالشرط إن لم يكن حراما لم يكن فاسدا، فالفساد إنما ينشأ من التحريم، كما أنه ليس هناك ما يدل على تحريم جنس العقود أو الشروط، فإذا انتفى دليل التحريم انتفى التحريم[2].

فقد بين الله عز وجل ما حرم علينا "و قد فصل لكم ما حرم عليكم" (الأنعام، الآية 119)، ويرى الدكتور عبد الحميد فودة أن الشروط الصحيحة عند الحنابلة تنقسم إلى أنواع ثلاثة:

الأولى: وهي الشروط التي من مقتضى العقد والتي تثبت دون الحاجة إلى النص عليها كاشتراط التسليم في المبيع.

الثانية: وهي الشروط التي تتعلق بها مصلحة أحد العاقدين كالأجل والرهن وكاشتراط صفة في المحل المعقود عليه، والأصل فيها أنها صحيحة لأنها من مصلحة العاقد إلا إذا كانت محرمة.

الثالثة: كاشتراط منفعة للبائع في المبيع فهو شرط ليس من مقتضى العقد، ولا مصلحته، ولا ينافي مقتضاه[3].

ويتبين من خلال ما سبق ذكره، أن الاجتهاد الحنبلي حول مبدأ سلطان الإرادة يكون قد سبق ظهور هذا المبدأ في القوانين الغربية من حيث إطلاق الإرادة وحرية المتعاقد في إضافة ما يشاء من شروط ولو لم يرد ذكرها في العقد ذاته، طالما أنها من مستلزمات العقد

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.495.

[2]- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.9، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.470.

[3]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.471.

ولصالح المتعاقد استنادا للقاعدة المعروفة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[1]، ولا يحد من هذه الحرية إلا ما ورد فيه دليل على المنع[2]، وهكذا فإن الاجتهاد الحنبلي هو الأقرب إلى مفهوم مبدأ سلطان الإرادة وفق النظريات القانونية الحديثة[3].

الفرع الثالث: نطاق مبدأ الرضائية في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي أو القيود التي تحد من مبدأ رضائية العقد

يعتبر مبدأ الرضائية الأساس لقيام العقد في الفقه الإسلامي، وقد رأينا كيف أن الإرادة كمبدأ عام وحدها كافية لإنشاء العقد، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية في العقود، كما يقصد به أيضا حرية الإرادة في تحديد الآثار المترتبة على العقد، وهو ما يعرف بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

وقد أقر الفقه الإسلامي كلتا القاعدتين سواء بالنسبة للقاعدة الأولى من خلال الآيات الكريمة كقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء، الآية 29)، وقوله تعالى "فإن طبن لكم عن شيء فكلوه هنيئا مريئا" (النساء، الآية 4)، وقوله صلى الله عليه وسلم "إنما البيع عن تراض"، وقوله عليه السلام "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه"، وهو ما يفهم منه كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العقد و نفاذه دون حاجة إلى إتباع شكل معين بغض النظر عن صور التعبير عن الإرادة.

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.487.

[2]- وفي ذلك يقول ابن تيمية "الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد" أورد هذا المقولة مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص.499.

[3]- وقد اختلف الفقهاء في تقييم الفقه الحنبلي وجرأته في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، وفي ذلك يرى عادل بسيوني أن فقهاء المذهب الحنبلي هم أكثر الفقهاء المسلمين جرأة في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، بل ويرى الأستاذ حسن الذنون، بأن الفقه الحنبلي قد وصل في تقريره مبدأ حرية التعاقد إلى المدى الذي وصلت إليه القوانين المدنية الحديثة في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة،(المرجع السابق ص.11)ويؤكد ذلك أيضا محمد سلام مذكور، (المرجع السابق، ص.58)، خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.10 في الهامش.

كما أقر الفقه الإسلامي مبدأ الرضائية في تحديد آثار العقد، كما ورد في القرآن الكريم "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (النساء، الآية 1)، وقوله "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا" (الإسراء، الآية34) وقوله " كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون" (الصف، الآية 3).

ورغم أن الفقهاء المسلمين لم يضعوا نظرية عامة للعقد، كما هو الشأن في القانون الوضعي، بل ذكروا عقودا مسماة يختلف نطاقها ومجالها من فقيه لآخر حتى قيل أن العقود في الفقه الإسلامي هي عقود شكلية لا تصح إلا بألفاظ وصيغ معينة، ومن ثم فأي عقد لم يرد في صيغة من هذه الصيغ يكون باطلا[1].

غير أن هذه النظرة قاصرة في فهم نظرة الفقه الإسلامي للعقد، فالكثير من القواعد التي وردت بها هذه العقود تضمنتها أيضا عقود أخرى غير هذه الفئة من العقود المسماة[2].

وإذا كان المبدأ في قيام العقد وفي تنفيذه هو الرضائية، إلا أن الشريعة الإسلامية لم تنكر وجود بعض القيود التي أحاطت بفئة معينة من العقود والتصرفات، والتي لا غنى عنها لإضفاء نوع من الضمان للأفراد تحقيقا للاستقرار، ولإضفاء نوع من الائتمان على هذه التصرفات، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد أخذت بالمبدأ العام الذي هو الرضائية لكنها استثناءا أخذت ببعض القيود، والتي تتسع أو تضيق حسب الحاجة إليها، وهذه في بعض العقود لاعتبارات متعددة سنراها في حينها وهي قيود تتعلق إما بتكوين العقد، أو قيود تتعلق بتنفيذ العقد، لكن سنكتفي بالنوع الأول من القيود والتي لها علاقة بالموضوع، وتتمثل هاته القيود في نوعين منها القيود الشكلية والقيود الموضوعية.

---

[1]- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي القانون المدني –دراسة مقارنة– ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص.52، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.18، محمد عبد الحليم، المرجع السابق، ص.150.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الأول، ف.62، و63.

أولا: القيود الشكلية التي تتعلق بإبرام العقد

و يتعلق الأمر بالقيود الشكلية التي ترتبط بتكوين العقد، حيث وردت في الشريعة الإسلامية تصرفات تم تقييدها بنوع من الشكلية أثناء قيامها، وقد وردت بشأنها نصوص قاطعة، مثل مبدأ ثبوت الدين كتابة، كما أن الهبة والرهن والوديعة والقرض والشركة والوقف لا تتم إلا بالقبض[1]، ومنها أيضا وجوب إفراغ عقد الزواج في شكل معين، حيث لا يكفي فيه التراضي لانعقاد العقد وهذا ما نبينه فيما يلي:

1. مبدأ ثبوت الدين كتابة

سبق أن رأينا بأن التصرفات في الشريعة الإسلامية إنما تنشأ بالتراضي، لأن الأصل في العقود والشروط إنما هو الرضائية، أما الشكلية فتعد استثناءا من المبدأ العام.

ومن التصرفات التي وردت بشأنها نصوص دالة على نوع من الشكلية ما ورد في آية الدين، وهي أطول آية في القرآن الكريم "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله .. ... ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ... وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة..." (البقرة، الآية 282)، فهل الكتابة هنا قيد على الإرادة أم هي ليست كذلك؟

من خلال ما ورد في الآية الكريمة، ورغم ورود لفظ الكتابة في الدين، إلا أن المقصود بها هو للإثبات فقط وليس لوجود العقد بدليل قوله تعالى "ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة، وأدنى ألا ترتابوا.." (البقرة، الآية 282)، ومعنى ذلك أنه أعدل وأسهل على إقامة

[1]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص 183.

الشهادة ومنعا للريب، فالآية الكريمة صريحة في أن الكتابة للإثبات فقط، فعبارة "أقوم" بصيغة التفضيل قاطعة في أن الكتابة للإثبات لا للانعقاد.

وتذكر الآية ثلاث صور للإثبات: الأولى ما كان الإثبات فيها بالكتابة، وتتعلق بالبيوع غير التجارية، والثانية خاصة بالبيوع التجارية الحاضرة، وهذه ليست من الضروري كتابتها لإثباتها، والثالثة ما كان الإثبات فيها برهان مقبوضة، وتتعلق بمن كان في سفر حيث له أن يقيم التوثيق والإشهاد مقام الكتابة والإشهاد[1]، والآية الكريمة تتكلم عن الدين على العموم أي المعاملات بمختلف أنواعها إذ أن معنى إذا تداينتم أي إذا تعاملتم.

فالكتابة للإثبات هنا إنما وردت على سبيل الندب وليس الوجوب، فالذي يكتب الدين يكون قد ضمن قطعا طريقة إثبات دينه بخلاف من لم يفعل ذلك.

2.وجوب القبض في الهبة والرهن والعارية والوديعة والقرض والشركة والوقف[2]

الغرض من القبض في هذا النوع من العقود إنما هو لتوثيق الديون، وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تكييف القبض في هذه العقود، فمثلا في عقد الرهن فهل هو لازم لانعقاد العقد بمعنى أن الراهن لا يكون ملزما بالرهن ما لم يتم القبض، أم أن الرهن يتم ولو بدون القبض، ولكن يلزم الراهن بأن يمكن الدائن المرتهن من القبض؟

يرى جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) أن القبض في الرهن شرط لزوم، بمعنى أنه ما لم يتم القبض لا يلزم الراهن بالرهن واستدلوا على ذلك من الكتاب "فرهان مقبوضة" (البقرة، جزء من الآية 283)، فالوصف هنا واضح على أن القبض شرط لانعقاد الرهن، كما أنه خص الرهن بالقبض دون غيره من العقود، فالقبض حينئذ دليل على لزومه،

---

[1]- محمد عبد الحليم، المرجع السابق، ص 151.

[2]- وهي العقود العينية والتي لا يكفي التراضي بشأنها لانعقاد العقد بل لا بد أن يضاف إلى ركن التراضي شرط آخر وهو القبض أي قبض العين محل العقد.

وبدون القبض تنعدم الفائدة المرجوة من الرهن، ويقيس جمهور الفقهاء على الرهن بقية العقود الأخرى كالهبة والوديعة والقرض والشركة والوقف.

بينما يرى المالكية أن الرهن يتم بمجرد العقد، أما القبض فهو أثر للرهن لا شرط لانعقاده، ويستدلون في ذلك بالآية الكريمة "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (الآية 1، سورة المائدة).

واستدل المالكية بعموم الآية حيث أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود بمجرد انعقادها دون تخصيص، أي دون اشتراط القبض، فإذا كان لا يشترط في البيع أو الإيجار القبض، فلماذا يشترط ذلك في الرهن مع العلم أن كلا منها عقود مالية[1]؟

وقد رد جمهور الفقهاء على قول المالكية بأن آية "يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود" عامة، في حين أن آية "فرهان مقبوضة" خاصة بالرهن، كما أن قياس الرهن بالبيع والإيجار هو قياس مع الفارق، فكل من البيع والإيجار عقد معاوضة، في حين أن الرهن ليس كذلك، لأن الرهن هو الضمان الوحيد للدائن المرتهن، ويرجح الفقهاء رأي جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم وضعف أدلة المالكية[2].

وما قيل في الرهن يقال أيضا في الهبة، حيث اختلف الفقهاء في تكييف القبض في الهبة، فهل تنشأ الهبة من وقت نشوء العقد، أم لا بد من إجراء آخر هو القبض؟، وقد جرى الاختلاف بين الفقهاء على النحو المذكور أعلاه في الرهن، حيث انقسموا إلى فريقين الأول يرى بوجوب القبض حتى ينتقل الشيء الموهوب للموهوب له فهو شرط انعقاد، ويرى بذلك الحنفية والشافعية والحنابلة، بينما يرى المالكية أن الهبة تلزم بمجرد العقد، ولا يشترط القبض لانتقال الملكية، وقد استدل الفريق الأول بالحديث الشريف "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"، بينما استدل الفريق الثاني بالآية "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة، الآية 1)، حيث

---

[1]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.246.

[2]- مناقشة رأي كل فريق والرد عليه، وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص. ص.246، 247، 248.

أن عموم الآية لا يستوجب تخصيصها بعقد معين بذاته ولقوله تعالى "و لا تبطلوا أعمالكم" (محمد، الآية 33)، فمن تلفظ بالهبة فقد عمل عملا أي عقدا لزمه الوفاء به، ولا يجوز إبطاله إلا بنص ولا وجود لنص لإبطاله[1].

وما قيل في الرهن والهبة يقال في العارية، غير أنها تختلف عن الهبة في أنها تتم إما بالقبض أو بالإذن بالقبض، وسبب الاختلاف هنا هو أن القبض في الهبة يزيل ملكية الواهب للشيء الموهوب، لذلك لا تتم إلا بالقبض بخلاف القبض في العارية، حيث لا يزيل القبض ملكية المعير، لذلك تصح إما بالقبض أو بالإذن به[2].

أما في الوديعة، وهي عقد يلتزم بموجبه المودع لديه بحفظ العين المودعة والتزام هذا الأخير بردها، ومن شروطها كون المال المودع قابلا لوضع اليد عليه، أي حيازته بقصد حفظه ورده للمودع بعد انقضاء العقد.

وينطبق على هذا العقد ما ورد الكلام عنه في الرهن والهبة[3]،وما يقال في الرهن والهبة والعارية يقال أيضا في بقية العقود العينية الأخرى، وهي القرض والشركة والوقف[4].

3.وجوب إفراغ عقد الزواج في ألفاظ معينة

يتخذ التعبير عن الإرادة صورا متعددة لكن أهم هذه الصور كلها هو التعبير عنها باللفظ، لأنه أبلغ صور التعبير دلالة على مقصود صاحبه، ولذلك فالتعبير باللفظ هو محل إجماع في كافة المذاهب الإسلامية.

---

[1]- أنظر مناقشة أدلة كل فريق والرد عليه، وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.ص.224، 225، 226.

[2]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.241، 242.

[3]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.242.

[4]- يرى البعض من الفقهاء أن القبض في العقود العينية إنما يرتبط بتنفيذ العقد أو ترتيب آثاره، أما العقد فيتم بمجرد تراضي الطرفين لأن الشارع الإسلامي لم يشترط إلى جانب التراضي أي عنصر شكلي آخر، أنظر في ذلكعادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.145.

واللفظ قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فالأول وهو ما كانت عبارته قاطعة في الدلالة على نوع التصرف المراد إبرامه، أما الضمني فهو كل تعبير لا يشير صراحة إلى المقصود منه، ولكن مضمونه يتجه إلى مقصود معين دون غيره، كأن يقول البائع للمشتري ملكتك هذا الشيء بثمن كذا فيكون القصد من التمليك البيع.

وإذا كان هذا هو المبدأ في سائر العقود، إلا أن الاستثناء من كل ذلك كله هو عقد الزواج، حيث يخضع في صيغته إلى شكلية معينة خاصة، نظرا لما لهذا العقد من بالغ الأهمية، وعظيم الأثر في حياة الفرد والمجتمع ككل.

غير أن الفقهاء المسلمين اختلفوا حول الصيغة التي ينبغي أن يفرغ فيها هذا العقد فمنهم من اشترط في العقد أن يرد بصيغة "الزواج" أو "النكاح" دون غيرها من الألفاظ، وهو رأي الشافعية والحنابلة، وقد أوردوا للاستدلال على ذلك مجموعة من الآيات في القرآن الكريم، منها قوله تعالى "فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها" (النساء، الآية 24) وقوله "و خلق منها زوجها" (النساء، الآية 1) وقوله "إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن" (الأحزاب، الآية 49) وقوله "و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم.." (النساء، الآية 22).

فإن لم يكن العقد بإحدى هاتين الصيغتين، أي الزواج أو النكاح، فلا ينعقد عقد الزواج ولو توفرت فيه نية الزواج[1].

ولعل تقييد الشافعية والحنابلة عقد الزواج بصيغة "الزواج" أو "النكاح" إنما هو لما للعقد من بالغ الأهمية وعظيم الأثر.

أما الفريق الثاني، وهم الأحناف والمالكية، فقد أجازوا انعقاد عقد الزواج بكل لفظ يفيد التمليك أو الهبة أو الصدقة طالما وجدت قرينة دالة على المعنى المقصود، ألا وهو الزواج.

---

[1]– فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.81، أنظر أيضا ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص.300 وما بعدها.

وقد استدلوا هم أيضا بما ورد من آيات كريمة، منها "وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة من دون المؤمنين" (الأحزاب، الآية 50)، وللحديث الشريف "ملكتها بما معك من القرآن".

أما فيما يتعلق بالكتابة في عقد الزواج، فلا تجوز الكتابة متى كان الطرفان حاضرين في مجلس العقد وقادرين على النطق، لأن الأصل في الزواج الإشهاد والعلانية، وبدون النطق لا يسمع الشهود كلا منهما، وبالتالي لا تعرف نيتهما في الزواج[1]، فإن كانا غائبين عن مجلس العقد، فينعقد العقد في مجلس قراءة الرسالة وقبول المرأة بحضور الشهود.

أما بالنسبة للأخرس، فتصح الإشارة بشرط أن تكون إشارته مفهومة، غير أن هناك من يرى بأن الأخرس متى كان قادرا على الكتابة فيؤخذ بالكتابة لأنها أبلغ وأيسر في فهم مقصود صاحبها[2]، لكن لا يصح الزواج بالمعاطاة حفاظا على كرامة المرأة وحمايتها من الابتذال[3].

ثانيا: القيود الموضوعية التي تتعلق بتكوين العقد

إلى جانب القيود الشكلية المتعلقة بتكوين العقد والمذكورة أعلاه، هناك قيود موضوعية تتعلق هي أيضا بتكوين العقد، وبدونها لا ينشأ العقد، وتتمثل في اعتماد النزعة الموضوعية في التعبير عن الإرادة، وفي التوازن العقدي، و في منع الاحتكار ثم النظام العام.

1.اعتماد النزعة الموضوعية في التعبير عن الإرادة

---

[1]– فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.82.

[2]– فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.83.

[3]– فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.83.

إذا كانت الإرادة هي العامل الأول في تكوين العقد، وأن اللفظ هو المعبر عن هذه الإرادة، فهل العبرة في هذه الإرادة بالبحث عنها من غير تقيد باللفظ الذي ورد في العقد؟ أمأن العبرة بظاهر القول، فيعتبر الترجمان لهذه الإرادة من غير بحث أو تقص عما وراء اللفظ؟ أو بمعنى آخر، هل العبرة بالإرادة الحقيقية بغض النظر عن اللفظ؟ أم بالإرادة الظاهرة والتي ورد التلفظ بها؟

و السبب في البحث عن موقف الفقه الإسلامي من الإرادة، هو ما يترتب عن الأخذ بأي منهما من آثار قد تكون متناقضة في الحكم الشرعي عليها[1].

فمثلا لو باع شخص لآخر عنبا وكانت نية المشتري هو تحويله إلى خمر، والبائع يعلم ذلك، فلو أخذنا بالإرادة الباطنة، لكان البيع باطلا لما فيه من إعانة على منكر، أما لو أخذنا بالإرادة الظاهرة، كان البيع صحيحا لأنه مكتمل الأركان والشروط.

لذلك فإن الإرادة الباطنة إنما يستدل عنها بالنية، أما الإرادة الظاهرة فيعبر عنها باللفظ أو ما يقوم مقامه.

فإذا اتفقت الإرادتان فلا خلاف في وجوب العمل بأي منها، أما إذا اختلفتا فبأي منهما نأخذ؟ وهذا هو موضع الخلاف بين الفقهاء المسلمين.

لذلك فإن اختلاف وتباين وجهات النظر، إنما بسبب الاختلاف بين التعبير والإرادة، فالأخذ بالإرادة وتفضيلها، إنما هو الاتجاه إلى الإرادة الحقيقية لا المحتملة، بينما الأخذ بالتعبير أو اللفظ لأنه ترجمة على ما تكنه النفس.

ونستعرض فيما يلي موقف أنصار الأخذ بالإرادة الباطنة ثم موقف أنصار الإرادة الظاهرة.

---

[1]– وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.87.

1.1.موقف أنصار الإرادة الباطنة

ويتزعم هذا الاتجاه المذهب الشافعي والحنبلي، والبعض من الأحناف وكذا الظاهرية، حيث يرون أنه متى حدث تباين بين الإرادتين وقام الدليل على هذا التباين، يجب الأخذ بالإرادة الباطنة، إذ العبرة بالقصد الصحيح لأنه يفترض في التعبير أن يتفق مع الإرادة الحقيقية، فإن لم يكن كذلك فلا يعتمد، ويتعين الأخذ بالإرادة الحقيقية أي الباطنة.

ويستندون في رأيهم هذا إلى الآية الكريمة "ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم" (الأحزاب، الآية 5)، وقوله صلى الله عليه سلم "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"، إذ لا نية بلا عمل، ولا عمل بلا نية، كما أن العبرة في العقود هي بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

2.1.موقف أنصار الإرادة الظاهرة

ويتزعم هذا الاتجاه المالكية وكذا الرأي السائد لدى الحنفيين[1] حيث يرون بأنه متى كان اللفظ صريحا لا يحتمل التأويل، أو تعذر معرفة النية الحقيقية، فيؤخذ حينئذ بالظاهر أي بالتعبير، فعبارة المتعاقد متى صدرت عن قصد وإدراك، كان ذلك قرينة على تطابقها مع الإرادة الباطنة التي يتعذر معرفتها.

ويستدل أنصار هذا الاتجاه بالقول بأن نية العاقد المجردة لا ينشأ عنها عقد أو التزام ما دامت أمرا باطنا لم يظهر في شكل قول أو عمل، ومن ثم كان أساس العقد وتكوينه إنما هو بالتعبير الخارجي عن الإرادة طالما أنها مطابقة للإرادة الحقيقية[2].

كما أن النية إنما تستخلص من الألفاظ الواردة في العقد[3].

---

[1]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.418، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.183.

[2]- عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص.146، علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، 1952، ص.75، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.183.

[3]- تفصيل رأي كل من الفريقين والأدلة التي استندوا إليها: وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.87 إلى 114، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. ص.412 إلى 425.

وما يلاحظ هو أن المذهب الحنفي يأخذ بالاتجاهين، ففريق منهم يرجح المعنى على اللفظ إلا إذا تعذر معرفة النية فحينئذ يعمل بالظاهر استثناء[1]، أما الفريق الثاني فيرجح الإرادة الظاهرة من غير اعتبار للنية، فإذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد[2] فالإرادة إنما هي قرينة على تطابقها مع الإرادة الباطنة التي يصعب معرفتها[3].

ويرى البعض أن الإرادة في الفقه الإسلامي لها طبيعتها الخاصة، فهي إرادة واحدة تمر بمرحلتين: الأولى وهي العزيمة أو القصد على فعل شيء معين، والثانية وهي الظهور بمظهر التعبير الخارجي عنها، فيكون التعبير حقيقيا متى أمكن الوصول إلى القصد وإلا تعين الأخذ بالتعبير باعتباره الحقيقة حكما[4].

لذلك يمكن الاستنتاج بأن الفقه الإسلامي يكون قد أخذ بالنزعة الموضوعية أي بالإرادة الظاهرة، وهذا ما يسمى بالشكلية اللفظية، لأنه وحتى في نظر الرأي الذي يأخذ بالإرادة الباطنة، فإنه لا مناص من المرور بالإرادة الظاهرة للوصول إلى الإرادة الحقيقية[5].

2.التوازن العقدي كعنصر أساسي في العقد

إذا كان العنصر الأساسي في العقد هو توافق إرادتين، فقوام العقد حينئذ هو هذه الإرادة، فالفرد يلتزم لأنه أراد وبالقدر الذي أراده، والأفراد أحرار في تحديد شروط تعاقدهم، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة وإلا أدى ذلك إلى إلحاق الأذى بالطرف الضعيف.

لذلك فإن تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف، إنما هو بقصد تحقيق التوازن العقدي عندما تختل هذه العلاقة نتيجة ظروف معينة.

---

[1]- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، بدون مكان وتاريخ نشر، ص.29.

[2]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.193، وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. ص.422- 423.

[3]- عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.419.

[4]- هاشم عبد المقصود سعد، ص. ص201 إلى 210.

[5]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.184، علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.14.

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق التوازن بين مركزي العاقدين بقصد إقامة العدل والمساواة بين الأطراف لقوله تعالى "و أقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان" (الرحمن، الآية 9).

وقد أكدت السنة النبوية ذلك كما في تحريم الربا لقوله صلى الله عليه وسلم "الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل، والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى"[1]، لذلك فإن استحلال مال للغير أو شيء من حقوقه، إنما يكون برضا صاحبه عن طيب نفس واختيار، فلا يصح أكل أموال الناس بالباطل أو هضم حقوقهم إلا أن يكون ذلك عن تراض[2] لقوله تعالى "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء، الآية 29) وقوله "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مرئيا" (النساء، الآية 4).

وإذا كان الفقه الإسلامي يحترم مبدأ القوة الملزمة للعقد لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة، الآية 1)، وقوله "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا" (الإسراء، الآية 34)، إلا أن إعمال هذا المبدأ يبقى مرهونا ببقاء الظروف التي نشأ فيها العقد، فإن تغيرت هذه الظروف بأن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مجحفا بأحد المتعاقدين، أو ألحق به ضررا، فإن ذلك يخل بمبدأ التوازن العقدي ويستوجب إعادة النظر في هذا الالتزام[3].

ولا يقصد بالتوازن العقدي هنا إقامة المساواة التامة والدقيقة، فمن الطبيعي أن يجتهد البائع في بيع سلعته بأكبر ثمن ممكن، ومن حق المشتري الشراء بأقل ثمن، فإذا كان التفاوت في حدود المعقول وحسب ما هو متعارف عليه فيكون العقد حينئذ متوازنا، وقد جابهت الشريعة الإسلامية مظاهر اختلال التوازن العقدي حماية للطرف الضعيف بوسائل

---

[1]- أنظر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.477.

[2]- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج.1، ط.9، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، 1967، ص.462، 467، 473، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.40.

[3]- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دكتوراه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1977،ص.140.

كثيرة ومتعددة، منها تحريم الربا، و التغرير(الخلابة)[1]، التناجش[2]، بياعات الأمانة[3]، الغبن[4]، تلقي الركبان[5].

غير أن أهم القيود الموضوعية التي ترد على العقد، والتي تمس التوازن العقدي هي الاحتكار، والنظام العام والآداب والتي نشير إليها فيما يلي:

3.منع الاحتكار

الاحتكار لغة هو الجمع والحبس.

واصطلاحا هو شراء الطعام بقصد حبسه مدة معينة رغبة في بيعه بأكثر من ثمنه، ومنهم من يعرفه بأنه "حبس كل ما يحتاجه الناس ويضطرون إليه ولا يمكنهم الاستغناء عنه انتظارا لغلاء سعره وارتفاع ثمنه"[6].

وقد اختلف الفقهاء في نوع السلع التي يرد عليها الاحتكار، فمنهم من رأى بأنها قوت الآدميين فحسب، والبعض الآخر رأى بأنها كل ما يحتاج إليه الناس[7].

وحكم الاحتكار هو المنع طالما ترتب عليه ضرر بالناس، فالمنع لا يمس تخزين السلع لوقت الحاجة، لكن القيد يمس التخزين بقصد الإضرار بالناس لقوله تعالى "و من يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم" (الحج، الآية 25)، وقد فسر الإلحاد في الآية بالاحتكار، ولقوله صلى الله عليه وسلم "من احتكر فهو خاطئ"[8] حيث وصف النبي صلى

---

[1]- الصفحات 102-106أعلاه.

[2]-103 أعلاه.

[3]- الصفحة 103 في الهامش أعلاه.

[4]- الصفحة106 أعلاه.

[5]- الصفحة107 في الهامش أعلاه.

[6]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.661، يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، الطبعة الأولى، سنة 1980، بدون مكان نشر، ص.75.

[7]- في تفصيل هذه الآراء وسبب الخلاف بينهم، وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.668.

[8]- الحديث أخرجه مسلم.

الله عليه وسلم المحتكر بالخاطئ أي الآثم، ولا يكون كذلك إلا إذا فعل محرما[1]، ولقوله صلى الله عليه وسلم "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"[2]، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، وهو الرأي الراجح لدى الفقهاء المسلمين[3]، كما أن الاحتكار فيه تضييق على الناس وفيه ضرر خصوصا عند اشتداد حاجة الناس إلى السلع.

والاحتكار في الشرع الإسلامي يمثل صورة من صور عقود الإذعان في القانون المدني، خصوصا وأن خصائص هاته الأخيرة تكاد تتوفر في الاحتكار وهي:

- أن الإيجاب فيها يصدر من شخص في مركز اقتصادي قوي، لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي بخلاف الطرف الآخر.
- أن الإيجاب فيها عام وموجه إلى الجمهور عامة ودائم ومستمر.
- أن القبول فيها يتميز بأنه رضوخ وتسليم بالشروط التي يعرضها الموجب.

ورغم أن الفقه الإسلامي لم يعرف عقد الإذعان إلا أنه أشار إلى ما يماثله وهو الاحتكار.

وقد أعطت الشريعة الإسلامية سلطة للقاضي للتدخل بمقتضى ولايته في أن يقوم بإزالة الشروط التعسفية بما يعيد للعقد توازنه، لأنها عقود لا تقوم على أساس الرضا الكامل ولأنها تنطوي على إكراه.

وتتحقق هذه الحماية بوسائل منها التسعير، ومنها جبر المحتكر بيع سلعته بثمن المثل، وقد تتمثل الحماية في أخذ السلعة من المحتكر جبرا ورد مثلها له عند زوال الحاجة[4].

---

[1]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.664.

[2]- أخرجه ابن ماجة.

[3]- هناك فريق من فقهاء الحنفية والشافعية يرون بكراهية الاحتكار لا بتحريمه ولعل أصل الخلاف منشأه اختلاف الفقهاء في تفسير مصطلح "إلحاد" في الآية الكريمة، أنظر مختلف الآراء في هذه المسألة. وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص. ص663، 664، 665، 666، حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.188.

[4]- ولد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص. ص.675- 685.

ويقصد بالتسعير تقدير السعر، أي أن يأمر ولي أمر المسلمين أهل السوق بألا يبيعوا سلعهم إلا بسعر معين، وهو تقييد للإرادة وحرية المالك في التصرف في ملكه.

و قد اختلف الفقهاء المسلمون في حكم التسعير، فيرى جمهور الفقهاء[1] بعدم جواز التسعير لأن التجارة في الأصل إنما تتم بالتراضي للآية الكريمة "... إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (النساء، الآية 29).

بينما يرى الحنفية أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة[2]، ومن الوسائل التي منحها المشرع للقاضي لمحاربة الاحتكار جبر المحتكر بيع سلعته بثمن المثل رغما عن إرادة البائع رغم أنه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، أو هو بيع سلعة بدون رضا صاحبها ولم يبح الشرع ذلك إلا عند قيام حالة الضرورة، ورفعا للظلم والضرر الناتج عن الاحتكار[3].

بينما يرى فريق آخر[4] إجازة التسعير كما في حالة الغلاء، أو عند الحاجة رعاية للمصلحة العامة، وهو القول الراجح[5].

وإلى جانب التسعير وجبر المحتكر بيع سلعته جبرا، هناك وسيلة أخرى وهي أنه لولي الأمر، أو لمن ينوبه أن يأخذ سلعة المحتكر ويوزعها على الناس متى خاف عليهم الهلاك، ثم يرد له مثلها عند زوال حالة الضرورة للآية الكريمة "فمن اضطر في مخصمة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم" (المائدة، الآية 3).

ومن خلال هذه الوسائل المذكورة أعلاه يتحقق التوازن العقدي، رغم الحد من إرادة أحد طرفي العقد، لأن القصد من كل ذلك هو تحقيق العدالة العقدية في أسمى صورها[6].

---

[1]- وهم بعض الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.196.

[2]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.680.

[3]- وقد اختلف الفقهاء المسلمون في حكم جبر المحتكر بيع سلعته بدون رضاه. وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.684.

[4]- وهو مذهب الإمام مالك وبعض الشافعية، حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.198.

[5]- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.199.

[6]- وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.686.

4.إخضاع العقود للنظام العام والآداب

إذا كان للنظام العام مفهوم مرن في ظل القوانين المدنية وفي الفقه الغربي مما سبب نوعا من التضارب، لأنه مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، إلا أن هذا لا وجود له في الفقه الإسلامي، فما هو محرم هو كذلك سواء في الزمان أو المكان، لأن مصدر التحريم هو الله سبحانه وتعالى.

ويجمع الفقهاء المسلمون بأن النظام العام في الشريعة الإسلامية إنما يستمد مبادئه من الأوامر والنواهي أي الأحكام الشرعية الآمرة، والتي ليس للأفراد أن يخالفوها وبالتالي العمل على التقيد بها دون أن تترك لهم حرية الاختيار[1]، وهي ما يتحقق به النفع العام دون أن يختص به أحد.

ويتعلق الأمر بالعبادات الخالصة كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ومنها العبادات كالصلاة والزكاة والصوم والحج.

وبالتالي يجب التقيد بها ولا يجوز مخالفتها وإلا ترتب عن ذلك الدخول في مجال التحريم مما يترتب عنه جزاء دنيوي وجزاء أخروي.

وإلى جانب ذلك هناك عبادات أخرى تستمد معناها من طبيعتها فقد تتمثل في صدقة الفطر أو في فرض العشر في الزكاة وقد تتمثل فيها معنى العقوبة كالخراج، ومنها أيضا الحدود زجرا لمرتكبيها وقد تتمثل العقوبة في حرمان الشخص مما كان حقا له مثل

---

[1]– وليد صلاح مرسي، المرجع السابق،ص.286.

حرمان القاتل من الميراث، وقد تتمثل العبادة في الكفارات والتي تجتمع فيها العبادة مع العقوبة[1].

ومثل هاته الأوامر والنواهي في الشريعة الإسلامية هي من النظام العام بمعنى وجوب الأخذ بما وجب وترك ما نهى عنه[2].

وإلى جانب ما سبق هناك حقوق العباد وهي نوعان: الأول وهي الحقوق العامة والتي تترتب عنها المصالح العامة لكل أفراد المجتمع كالمرافق العامة في الدولة، والتي يشترك كل الأفراد بالانتفاع بها والثانية خاصة وهي التي تترتب عنها مصلحة شخص معين كحق الملكية والذي يعطي صاحبه حق التصرف كما يشاء في الحدود الشرعية[3].

وقد يكون الحق مشتركا بين الله والعباد كحد القذف، فهو حق لله عزّ وجل، ويتمثل في الزجر الذي يعود نفعه على المجتمع ككل، وحق العبد الذي فيه منع الأذي ودفع العار عنه.

وكل ما سبق يتعلق بالنظام العام وفق الشريعة الإسلامية، ويرى البعض أن النظام العام في الفقه الإسلامي إنما يتعلق بالحفاظ على أصول خمسة، وهي الحفاظ على الدين والنفس والعقل والنسل والمال[4]، فهذه المصالح هي مقصود الشرع وبالتالي فهي مصالح عامة وهي تشكل ما يسمى بالنظام العام والذي لا يجوز الاتفاق على خلافه.

ونظرا لاعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الاحتياطي للقانون في الجزائر (المادة الأولى، فقرة 2 مدني)، ونظرا للارتباط الوثيق بين النظام العام في الشريعة الإسلامية

---

[1]- أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص258.

[2]- أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.260.

[3]- وليد صلاح مرسي، المرجع السابق، ص.324.

[4]- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج.1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1937، ص.14. تيورس محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دكتوراه كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010- 2011، ص.208.

والنظام العام في الجزائر، باعتبار الجزائر دولة مسلمة، فإن هناك أرضية مشتركة بينهما، إلا أن ذلك لا يمنع من القول بأن النظام العام في الشريعة الإسلامية هو أسع نطاقا مما هو في القانون المدني ولعل ذلك يرجع إلى المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة فيما يتعلق بالعقيدة ثم العبادات وأخيرا المعاملات، بخلاف ما هو مستقر عليه في أحكام القانون المدني، والذي يتمثل النظام العام فيه أساسا في القيود الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والتي تستمد مبادئها هي الأخرى من الشريعة الإسلامية بمعنى أنها يجب ألا تخالفها، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار المستجدات والمبادئ التي يمكن أن تختلف من زمن لآخر بخلاف النظام العام في الشريعة الإسلامية، والذي هو ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان، وسنستعرض مفهوم النظام العام في القانون المدني في الباب الثاني من هذه الدراسة بشيء من التفصيل.

الفصل الثاني
مبدأ سلطان الإرادة بين الغلو في المبدأ و انتكاسه

لقد نشأ مبدأ سلطان الإرادة وترعرع في أحضان المذهب الفردي بما تضمنه من أفكار فلسفية وعوامل اقتصادية تقدس الفرد باعتباره أساس سعادة المجتمع، ولقد اعتمد في نشوئه على مبادئ وأسس استمدت جذورها من مبادئ المذهب الفردي في عز انتشاره في صورته التقليدية، فبلغ بذلك مرحلة الغلو في المبدأ، مما ترتب عنه نتائج وآثار عكست بحق مظاهر المذهب الفردي (المبحث الأول)، غير أنه وبفعل المبالغة في الرفع من قيمة المبدأ والغلو في إبراز محاسنه أن أدى إلى انتقاد المبادئ والأسس التي قام عليها المبدأ وبالتالي انتكاسه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مرحلة الغلو في مبدأ سلطان الإرادة

لقد كان للمبادئ والأسس الجوهرية التي قام على أساسها المذهب الفردي الدور البارز في نشأة وترعرع مبدأ سلطان الإرادة، فبلغ بذلك مرحلة الغلو في المبدأ (المطلب الأول)، مما ترتب عنه نتائج وآثار عكست بحق مظاهر المذهب الفردي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور المبادئ والأسس الجوهرية للمذهب الفردي في بروز مبدأ سلطان الإرادة

منذ بداية القرن السابع عشر بدأت تظهر في أوروبا عقيدة في أفق الفلاسفة تنادي بوجوب إعلاء قيمة الفرد والدفاع عن حريته ومبادئه في مختلف مجالات الحياة، مما نجم عنه ظهور نظريات فلسفية واقتصادية تشبعت كلها بروح الفردية، والتي شكلت المبادئ والأسس الجوهرية لمبدأ سلطان الإرادة، حيث كانت تنادي بوجود قانون طبيعي ينادي بحرية واستقلال الفرد وإعلاء قيمته.

وموازاة مع ذلك ظهرت نظرية أخرى تسمى بنظرية العقد الاجتماعي، والتي كانت ترى بأن مصدر السلطة والقانون إنما هو الإرادة الإنسانية، وقد جاءت هذه النظرية لتدعم

هي الأخرى المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، وكذا إعلاء قيمة الفرد، متأثرة في ذلك بالمبادئ الدينية والكنسية، والتي أدت هي الأخرى دورا بارزا في إعلاء قيمة وشأن مبدأ سلطان الإرادة.

وبالإضافة لما سبق، كان لأفكار الفلاسفة فيخته Fichte و بوفندورف Pufendorf ولوك Locke و هوبز Hobbes الأثر البالغ في التأسيس لفكرة وجود قانون طبيعي بمقتضاه يكون للإنسان حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق الطبيعية، وأن العقود ما هي إلا غاية لتحقيق ذلك[1].

إلا أن أفكار كل من الفيلسوف Rousseau وكانت Kant كانت تمثل الجانب الأبرز الذي دعم بقوة الجانب الفلسفي الذي استقى منه مبدأ سلطان الإرادة مبادئه التي قام على أساسها، والتي تمثلت في القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي.

ولقد كان لهذه الأفكار الدور البارز في إعلاء شأن مبدأ سلطان الإرادة، وهي تفسر بحق الجذور التاريخية للمبدأ، وكيفية نشأته بشكل جلي، كما تحدد مضمون المبدأ والظروف التي ساهمت في ذلك، وبالتالي يمكن فهم المبدأ على حقيقته، وقد كان ذلك خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، والتي تمثلت في مبادئ القانون الطبيعي، والعقد الاجتماعي، وكذا الأسس الفلسفية المستقاة من أفكار كل من جان جاك روسو وكانت والتي أثرت بقوة على المشرع الفرنسي (الفرع الأول)، كما كان للظروف الاقتصادية أثرها البالغ والتي دعمت هي الأخرى نشوء مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الثاني).

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.48.

Fadila MOULAI- KHATIR, op.cit, PP.30.

الفرع الأول: الأفكار الفلسفية التي دعمت المبدأ

لقد برزت خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر مجموعة من الأفكار والتي ساهمت إلى حد كبير في ظهور مبدأ سلطان الإرادة، بل ودعمته حتى وصل إلى الذروة، وقد تمثلت في بروز القانون الطبيعي(أولا)، وفي نظرية العقد الاجتماعي(ثانيا)، وفي تأثير الأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو وإيمانويل كانت (ثالثا)، والتي بمثابة كانت الحجر الأساسي الذي استقى منه المشرع الفرنسي مبادئه(رابعا).

أولا: بروز القانون الطبيعي تدعيما لحقوق الفرد

إلى جانب القوانين الوضعية التي كانت من صنع البشر في أي زمان ومكان، نادى الكثير من الفلاسفة بوجود قوانين تسمو على هذه القوانين الوضعية.

وبحلول القرنين السابع عشر والثامن عشر، ارتقت هذه الفكرة من مجرد فكرة فلسفية خالصة في عهد الفلاسفة الإغريق[1] إلى فكرة دينية في عهد فقهاء القانون الكنسي ورجال الدين في القرون الوسطى[2]، لتصبح فكرة قانونية، حيث أصبحت هذه المبادئ التي تؤكد

---

[1]– محمد إبراهيم دسوقي، دور الإرادة في العقد، بدون دار نشر ومكان نشر، 1981، ص.19.

[2]– طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، "نشأة القانون وتطوره"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992– 1993، ص.340.

H.ROMMEN, "Le droit naturel, Histoire de doctrine", Paris, Egloff, 1945, P.57. P.ROUBIER, Théorie général du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2 éd, 1951, no.12.

– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.ص462– 463، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص118، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 143، أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص13، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص32، خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.ص16 17، يوسف الزوجال، حرية التعاقد بين المبدأ والاستثناء، بحث لنيل دبلوم الماستر، جامعة عبد المالك السعدي المغرب، 2012– 2013، ص31.

– علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص21، حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص10.

الحقوق الطبيعية للإنسان، و تنادي بحريته، ووجوب احترام كيانه، بمثابة مجموعة قانونية تلزم المشرع باحترامها.

وقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عقب الثورة الفرنسية سنة 1789 ليؤكد هذه الحقيقة، و بوجوب حماية هذه المبادئ وكفالتها وعدم المساس بها.

وقد فسر الكثير من الفقهاء مبدأ سلطان الإرادة بأن الغرض منه، إنما هو تنظيم المجتمع، وحماية الفرد، وتحقيق أهدافه، حتى يسري الخير العام، والذي هو نتيجة خير مجموعة الأفراد، وأن الفرد يصاحبه، بمجرد ميلاده، مجموعة من الحقوق، منها حقه الطبيعي في الحرية، ولأن سعادته لا تتحقق إلا بها[1]، وأن أي التزام لا ينبغي أن يلزم الفرد إلا إذا ارتضاه لنفسه، ولا ينبغي أن يتدخل القانون في هذه الحرية، سواء عند إنشاء الالتزام أو عند تقرير الآثار التي تنجم عنه[2].

وعليه فإن أي تقييد لهذه الحرية، يجب أن يكون نابعا من إرادة الفرد نفسه، أما فيما يتعلق بالقيود التي يضعها المشرع، فيجب أن تنحصر في تلك التي تحافظ على كيان المجتمع والأفراد، وألا يكون ذلك إلا استثناء وفي أضيق نطاق.

لذلك يجب احترام ما يرد عن اتفاقات الأفراد، لما يتمتعون به من حرية، ولما ستحققه هذه الاتفاقات من عدالة تعود بالنفع ليس على الأفراد أنفسهم فحسب، ولكن أيضا على المجتمع ككل، وفي ذلك احترام لحرية الفرد و آدميته.

---

[1]- أيمن إبراهيم العشماوي، ص.14، نيرمين محمد محمود صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، بدون ناشر وبدون مكان نشر، الطبعة الأولى، 2002، ص. ص.13، 14 أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.457.

[2]- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية و التطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، الاسكندرية، 1972، ص.16، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.47.

ويترتب على مبدأ الحرية هاته نتيجتان هامتان، تتمثل الأولى في أن الإنسان لا يكون ملزما إلا عندما يريد وفي الحدود التي يرتضيها لنفسه، والثانية أنه وبمجرد قبوله أي التزام فإنه ينبغي له أن يحترمه طالما أنه اختاره وارتضاه لنفسه[1].

ويستند أنصار فكرة القانون الطبيعي إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" "Pactasuntservanda"، والتي تعد بمثابة الأساس الإرادي الذي تقوم عليه الإرادة، والذي يستمد هو الآخر من العقل والوعي الذي يتميز به الفرد، وفي هذا المعنى يرى الفقيه جروسيوس أن هذا المبدأ هو من خلق إرادة الأفراد، باعتبارهم هم الذين اختاروا النظام السياسي في الدولة، ومن ثم فهو مجرد امتداد لشخصية الفرد، أو هو توافق إرادتين حرتين أو أكثر، وهو عنصر من شخصيته[2].

وبناء عليه، فإن القانون إنما هو اتفاق إرادتين حرتين، وأن الاتفاقات الإرادية إنما هي مصدر كل العلاقات الاجتماعية والقانونية، وأن الوفاء بها إنما هو وفاء بالعهود التي أملتها مبادئ القانون الطبيعي[3] وهو ترجمة للعبارات الشهيرة "أنا أفكر إذن أنا موجود" " Je pense, donc je suis"، "أنا أريد، إذن أنا ألتزم" "Je veux, donc je m'oblige"، "أنا أريد، إذن لدي حقوق" "Je veux, donc j'ai des droits"[4].

---

[1]– أحمد أبو الحسن عبد السيد، المرجع السابق، ص.458. أنظر أيضا:

F.TERRE. PH.SIMLER et Y.LEQUETTE, op.cit, P.23.

فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.365 وما بعدها.

[2]– أحمد أبو الحسن عبد السيد، المرجع السابق، ص. ص 458، 459، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص.365 وما بعدها. أنظر أيضا:

S.G.FABRE, op.cit, P.82.

[3]– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.459.

[4]– مصطفى سيد صفر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998، ص.ص74، 75.

غير أن البعض الآخر من الفقهاء[1]، يرى بأنه إذا كانت مدرسة القانون الطبيعي تبرز دور الإرادة وسلطانها في إنشاء الالتزامات، إلا أن مسالة نسبة هذه الآثار إلى إرادة الأطراف تختلف عن الأولى، حيث يمكن أن تتأثر هذه الآثار كثيرا بالقواعد القانونية كمبادئ العدالة، وحسن النية وتغير الظروف.

ثانيا: نظرية العقد الاجتماعي

وقد برزت هذه النظرية بشكل أفضل في الفترة ما بين القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر، رغم أن جذورها تمتد إلى القرن الخامس قبل الميلاد[2]،حيث ترجع في أصلها إلى أفلاطون.

وتنطلق نظرية العقد الاجتماعي من فكرة أن هناك اتفاقا، أي العقد الاجتماعي، والذي يكون قد نشأ من مجموع إرادات أفراد المجتمع، وهذه الإرادات المنبثقة من أفراد المجتمع هي أساس السلطة والقانون في المجتمع وغايته، وهي التي أنشأت النظام السياسي وبينت شرعية وجوده، ومن ثم فإن العقد هو الصورة المثالية للعدل، وأن من قال عقدا فقد قال عدلا، وينبغي احترامه مهما كانت الظروف الملابسة لإبرامه، ويجب تضييق دائرة النظام العام إلى أقصى حد.

فالفرد عندما ينتقل من حالته الطبيعية إلى المجتمع السياسي المنظم، فإنه يفقد فيه جزءا من حريته، ويصبح خاضعا لقوانين هذا المجتمع بمقتضى الاتفاق الحاصل، والذي يخول بموجبه الحاكم في أن يقوم بتنظيم المجتمع، ووضع القوانين مقابل أن يحافظ له

1- J.GHESTIN, Traite de droit civil, les obligations, vol.1 le contrat, 1980, no 33 et no 38.
أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.460.

2- نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص. 15. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، 1991، 1992، ص.4، بدون مكان نشر.

الحاكم على الجزء الباقي منها[1]، فكأن العقد حينئذ يصبح أساس وجود الدولة والمجتمع وأساس خضوع الأفراد لحكم القانون، فتكون الإرادة التعاقدية حينئذ مصدر كل قانون ومصدر كل التزام[2].

فالأفراد إنما يولدون أحرارا وأسيادا لأنفسهم، فلا يجوز أن يخضعوا لغير إرادتهم، والقانون الذي يخضع له الأفراد إنما هو من صنع أنفسهم، كما أن القيود التي تحد من حريتهم، إنما هي قيود ارتضوها لأنفسهم، فخضوع الفرد للقانون والتزامه به لا يعني أن السلطة هي التي فرضته عليه، وإنما لأنه أراد ذلك من منطلق حريته عن طريق العقد الاجتماعي[3]، فالقانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي.

لذلك فنظرية العقد الاجتماعي، كما يرى الكثير من الفقهاء[4]، ما هي في الواقع سوى مظهر من مظاهر المذهب الفردي، فهي تنادي بإعلاء قيمة الفرد، وهي الفكرة التي تستند

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. ص.165، 166.
FINNIS, natural law and natural rights, oxford, clarendon press, 1980, p.50- 51.A.BRIMO, les grands courants de la philosophie du droit et d'L'ETAT, Paris, Pedone, 1968, p.69, et ss J.C.HEARNSHAW, the social and political ideas of some great thinkers of the 16 and 17 centuries, New York, 1949, p.130 H.ROMMEN, op.cit, p.93 et ss. M.PRELOT, histoire de la pensée politique, Paris, Dalloz, 1966, p.325 et ss C.DU PASQUIER, introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit, Paris, 1948, p.221.
S.G.FABRE, op,cit, p.15 et ss J.M.TRIGEAUD, humanisme de la liberté et philosophie de la justice, Bordeaux, T.2, 1992, p.13 et ss. A.VINCENT, la notion moderne de droit naturel et le volontarisme, A.P.D, 1961. P.243 J.FINNIS, op,cit, p.207. A.BRIMO, op.cit, p.97.
[2]- سمير عبد السيد نتاغو، المرجع السابق، ص.166.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص.372، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. ص.13، 14.
[3]- أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.463.
[4]- FLOUR et AUBERT, Droit civil, les obligations, vol.1, l'acte juridique, 1975, no 105.
نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص.35، نيرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص .16.

إليها مدرسة القانون الطبيعي التي تنادي بتقديس حرية الفرد، وأن هذه الحرية ينبغي ألا تقيد إلا بما ارتضته لنفسها وبإرادتها الحرة.

والنتيجة أن نظرية العقد الاجتماعي كانت سندا ودعما قويا لمبدأ سلطان الإرادة، لأن الإرادة وحدها هي التي بموجبها ينشأ المجتمع وأساس وجوده، كما أن القوانين التي يسير عليها هذا المجتمع إنما تنبثق من مجموع هذه الإرادات، وتستمد قوتها وإلزاميتها منها، فيكون مصدر القوة الملزمة للعقد إذن هو هذه الإرادة ذاتها[1].

---

[1]– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.463، والواقع فإن فكرة العقد الاجتماعي كانت محل خلاف شديد بين الفلاسفة، فبالنسبة لأفلاطون، وهو صاحب نظرية العقد الاجتماعي، فيرى بأن المجتمع السياسي إنما ينشأ على أساس نوعين من العقود، النوع الأول وهو خاص بالعقود التي تتم بين الأفراد، والثاني وهو العقد المبرم بين الحاكم والمحكوم، فبالنسبة للنوع الأول من العقود، ونظرا لتضارب مصالح الأفراد، فهو لا يثق فيها لتضارب هذه المصالح، وبالتالي فهو يرى بضرورة التدخل فيها عن طريق فرض الثمن العادل في المعاملات، لأن المدينة يجب أن يسودها العدل، أما النوع الثاني من العقود فهي تلك التي تبرم بين الحكام والمحكومين، فلم يشأ أفلاطون القول بأن أساسه الاتفاق الإرادي، لكنه يرى أن ذلك يرجع إلى حالة الضرورة التي استلزمت وجود مثل هذا العقد نظرا لحالة العجز التي يكون فيها الفرد مكتفيا بذاته، فالعقد يجب أن يخضع لحكم العدل، وكذلك الأمر بالنسبة للضرورة، فهما أساس القوة الملزمة للعقد وللقانون.
بينما يرى هوبز أن العقد الاجتماعي إنما يستمد مبادئه من القانون الطبيعي، بل هو وسيلة للتعبير عنه، وهو الذي فرض هذا العقد، وحدد شروطه، ولا دور للإرادة فيه، ولا تستطيع أن تخالفه. وهو يرى بأن الأفراد إنما يتنازلون عما لهم من حريات وحقوق إلى سلطان يقوم بشؤونهم عن طريق عقد، إلا أنه لا يجوز بمقتضى هذا العقد التنازل عن الحقوق الأساسية للإنسان، وهي الحقوق الطبيعية التي تستمد وجودها من القانون الطبيعي ذاته، والتي لا يجوز المساس بها بأي تصرف إرادي بحت، سواء كان هذا التنازل عن طريق العقد أو القانون، فالعقد الاجتماعي لدى هوبز إنما يستمد وجوده من القانون الطبيعي وليس من إرادة الأفراد، أما جون لوك فيرى بأن القانون الطبيعي هو قانون العقل، والعقل هو معيار القياس الذي لا يستطيع أحد أن يخرج عنه أو يخالفه، كما أن المجتمعات إنما تولد من إتحاد إرادي مشترك يتنازل بموجبه كل فرد عن جانب من الحقوق والحريات للحاكم، على أن يكون التنازل بالقدر اللازم لضمان الصالح العام والتمتع في نفس الوقت بالقدر الباقي من هذه الحقوق من طرف الأفراد، فإذا تجاوز الحاكم حدوده، بأن اعتدى على الحقوق التي لم يتم التنازل عنها، اعتبر ذلك تجاوزا يخول للأفراد التحلل من العقد الاجتماعي عن طريق الثورة، لأنه لا يمكن أن يخلق مجتمع بواسطة القوة والقهر، ولأن أساس الدولة في نظره هو العقل الطبيعي وليس العقد.
فالعقد الاجتماعي في نظره هو وسيلة لتحقيق الأمر الإلهي، والذي ينبغي أن يؤدي إلى المحافظة على حقوق الناس وحرياتهم.
– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.ص.167، 169، 170.
Fadila MOULAI- KHATIR, op.cit, p.p.30- 34

ثالثا: تأثير الأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو و إيمانويل كانت

إلى جانب النظريات التي مهدت لظهور المذهب الفردي وسلطان الإرادة كمبادئ القانون الطبيعي ونظرية العقد الاجتماعي، برزت آراء فلسفية تدعم بدورها المبدأ وتبرر وجوده بل وتدافع عنه بوجهات نظر، وإن كانت تختلف في ظاهرها إلا أنها كانت تصب كلها في إناء واحد هو الإشادة بمبدأ سلطان الإرادة، وتدعيم الحرية الفردية، مما كان له الأثر البالغ في تطور المبدأ شيئا فشيئا، فكان ذلك وسيلة لإخراج المبدأ من الطابع الفلسفي المحض إلى الطابع القانوني عند صدور التقنين المدني الفرنسي سنة 1804.

وبالرجوع إلى المراحل التي مر عليها المبدأ نجد أنه، وبحلول القرن السابع عشر والثامن عشر، ارتقت هذه الفكرة، كما رأينا، من مجرد فكرة فلسفية خالصة في عهد الفلاسفة الإغريق[1]، ثم إلى فكرة دينية، في عهد فقهاء القانون الكنسي ورجال الدين في القرون الوسطى[2]، لتصبح فكرة قانونية، والتي تؤكد الحقوق الطبيعية للإنسان، وتنادي بحريته واحترام كيانه، والتي من شأنها أن تلزم المشرع بوجوب احترامها.

ونستعرض فيما يلي العوامل التي ساهمت في إعلاء هذا المبدأ، والتي جاءت بها أفكار كل من الفيلسوف جان جاك روسو، وكانت، والتي تفسر بحق، الجذور التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة، والتي حددت مضمون المبدأ، وكيفية نشأته، والظروف التي ساهمت في ظهوره، حتى يمكن فهم المبدأ على حقيقته، وكذا معرفة العوامل والأسباب التي دعمت ظهور المبدأ من خلال هذه الأفكار.

---

[1]– محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص.19.

[2]– طه عوض غازي، المرجع السابق، ص.340:

H.ROMMEN, « Le droit naturel, histoire de doctrine », Paris EGLOFF, 1945, P.57.
P.ROUBIER, op.cit, no 12.

علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 137.

1.الأسس الفلسفية لأفكار جان جاك روسو

لقد هيمنت فكرة الحرية والمساواة على أفكار الفيلسوف جان جاك روسو والتي تستمد أساسها من الطبيعة ذاتها.

فالفرد في مرحلته الطبيعية كان يعيش منعزلا وبعيدا عن كل علاقة مع غيره من الأفراد، وهذه العزلة هي التي جعلت الناس يعيشون في جو من المساواة والحرية والسعادة[1]، فالمجتمع في نظره ليس وحدة متماسكة، بل هو مجموع هاته الإرادات المختلفة والمتميزة عن إرادة الأفراد الأعضاء في المجتمع، ولا يتحدد شكل هذا المجتمع إلا إذا وقع تحديد مفرد لكل هذه الإرادات، كما أن خير الفرد وما هو في صالحه، يشكل الغاية النهائية للمجتمع السياسي[2]، وأن هذا المجتمع إنما هو كيان ينبثق عن مجموع هذه الإرادات المختلفة والمتميزة[3].

لكن وبعد دخول الإنسان في المرحلة الاجتماعية تغير كل شيء، حيث فقد فيها حريته البدائية، وقد تجلى ذلك عندما ظهرت الملكية الخاصة، والتي أفرزت عدم المساواة بين الأفراد، فكانت بذلك الأصل الأول للشر، فإذا انتقل الفرد إلى المرحلة الاجتماعية، وهي المرحلة التي يرتبط فيها الفرد بمجموعة من الأفراد، أي المرحلة اللاحقة للمجتمع البدائي، يصبح الفرد حينئذ ملزما بالعيش ضمن هذه المجموعة، ولا يمكن له الرجوع ثانية إلى العهد البدائي، فإذا كان الأمر كذلك، فهل يمكن تحقيق الحرية والمساواة في ظل هذه المرحلة؟.

---

[1]– محمد شيلح، المرجع السابق، ص12، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص32، يوسف الزوجال، المرجع السابق، ص.32.

[2]– محمد شيلح، المرجع السابق، ص.12، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.33، يوسف الزوجال، المرجع السابق، ص.32.

[3]– محمد حسين هيكل، جان جاك روسو، حياته، كتبه، ط.2، مكتبة النهضة العربية، القاهرة،1956، ص.81، محمد شيلح، المرجع السابق، ص. 13، أنظر أيضا محمد شعيب المذكوري، مدخل إلى فلسفة القانون، ط.1992، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص.32.

يرى الفيلسوف جان جاك روسو أن ذلك ممكن بواسطة العقد الاجتماعي، فهذا العقد في نظره يعني دخول الإنسان بمحض إرادته في جمعية "Association"، وبواسطة هذا العقد الاجتماعي الذي أبرمه الأفراد وفقا لإرادتهم، يتنازل كل منهم عن حريته الطبيعية للجمعية قصد بقاء المجتمع، على أن تقوم هذه الجمعية بإعادة توزيعها على أفرادها بدون أي تمييز، وبذلك تتحقق المساواة[1].

وتعنى المساواة في نظره الحرية، والمهم ألا يكون تابعا لغيره، أما إن كان تابعا للجميع، فليس معنى ذلك أنه فقد حريته، حتى ولو تعرضت حريته هاته لقيود من طرف هذه الجمعية والتي هي الدولة، لأن انضمامه إلى هذا العقد كان بإرادته الحرة، كما أن الالتزامات التي يفرضها القانون إنما تنبثق عن إرادة الأفراد أنفسهم، وهي نفس الفكرة التي رأيناها في العقد الاجتماعي.

ويستند روسو في تبرير رأيه إلى القول بوجود قانون طبيعي يقدس حرية الفرد[2]، واستقلال إرادته، ويدخل الإنسان في هذا العقد بإرادته، على أن ينزل كل واحد منهم عن حريته قصد البقاء على المجتمع، وبما أن الإنسان ليس له سلطة على أخيه فإن الاتفاقات هي التي تبقى أساسا في سلطته بين الناس.

لذلك فالعقد في نظر روسو هو مصدر كل التزام سواء تعلق الأمر بالعقود المبرمة فيما بين الأفراد، أو الالتزامات التي يفرضها القانون، لأنها تكون قد انبثقت عن إرادة الأفراد أنفسهم[3].

ويعترض سمير عبد السيد تناغو على فكرة إسناد العقد الاجتماعي إلى إرادة الأفراد كما ذهب إلى ذلك الفقيه روسو، حيث يرى أن هذا العقد الاجتماعي إنما هو عقد عقلي لا

---

[1]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.14.

[2]- زيد قدري الترجمان، الموجز في القانون المدني، ج.1، مصدر الالتزام، ط.1992، بدون دار نشر، ص.45.

[3]- محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص.78.

تلعب فيه الإرادة أي دور، بل تخضع فيه الإرادة التعاقدية إلى مصدر واحد ألا وهو سلطان العقل، ولذلك فهو يفند مقولة أن العقد هو الصورة المثالية للعدل، وبأن من قال عقدا فقد قال عدلا، وبأن العقد هو الوسيلة القانونية للنشاط الاقتصادي، ففي نظره يتساءل كيف للعقد أن يكون معبرا عن العدل عندما يكون أحد طرفيه في مركز أقوى اقتصاديا فيفرض شروطه على المتعاقد الآخر كما في عقد العمل؟، وقد كان لعقود العمل الجائرة التي كانت تبرم خلال القرن التاسع عشر بين العمال وأرباب العمل خير مثال على ذلك، كما أن العقد، حتى ولو كان عادلا عند نشوئه، فقد لا يكون عادلا عند تنفيذه إذا ما طرأت ظروف طارئة من شأنها أن تخل بالتوازن العقدي، فالتمسك بالعقد حينئذ يكون مخالفا للعدل وليس معبرا عنه، ولذلك ينبغي البحث عن وسيلة أخرى يتحقق بها العدل كما في إرادة المشرع أو إرادة القاضي[1]، لذلك ينبغي ألا يحاط العقد بهالة من التقديس كما ذهب إلى ذلك روسو[2].

2.الأسس الفلسفية لأفكار إيمانويل كانت

ينطلق كانت في تفسيره لمبدأ سلطان الإرادة من منطلق أن الحرية هي أسمى قيمة خلقية تتحقق فيها كرامة الإنسان، وهي حق مقدس لصيق به وليس مكتسبا، لذلك ينبغي حمايتها بوضع حد لكل ما يمسها، أو يعرقل مسيرتها ولا يتم ذلك إلا بالجبر والقوة.

لذلك يعتبر كانت بحق أول من أعطى الصبغة القانونية لمبدأ سلطان الإرادة، بعد أن كان المبدأ سياسيا أكثر منه قانونيا لدى روسو[3].

فالحرية في نظر كانت هي تلك المبادئ الأخلاقية المستمدة من القانون الطبيعي، والتي بموجبها يصبح في مقدور كل شخص التعايش مع غيره من الأفراد بشكل متساو، بحيث لا تستطيع إرادة شخص ما أن تسود على غيره من الإرادات، وعلى ضوء هذه الغاية

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.ص164، 165.

[2]– محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص78.

[3]– نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.35، محمد شيلح، المرجع السابق، ص.24، يوسف الزوجال، المرجع السابق، ص.33.

تنتظم التصرفات الخارجية للإنسان، فالحرية إذن هي أسمى قيمة خلقية تتحقق فيها كرامة الإنسان، وما دامت هي كذلك ينبغي حمايتها بالاستعانة بالقانون الذي ينبغي أن يتسم بالجبر أو القسر.

فالقانون في نظر كانت يتمثل مصدره الوحيد في إرادة الإنسان[1] وهو بذلك يستمد قوته من الحرية ذاتها، ومن ثم يكون معبرا عن العدالة، لأن الإرادة نفسها هي التي تضع القانون الذي تخضع له، ولذلك لا يستطيع الفرد الامتناع عن تطبيقه أو الخضوع لأحكامه وإلا كان ذلك منافيا للعدالة.

لذلك فالعقود في نظر كانت هي ملزمة، وتستمد إلزاميتها من ضرورة الوفاء بالعهد المقطوع، وهذا العهد ينبغي أن يكون عهدا أخلاقيا يستهدى به جميع البشر، ولا ينطلق من حب الذات أو المنفعة الشخصية.

فمبدأ سلطان الإرادة عند كانت إنما هو المبدأ الأسمى للأخلاق، والذي يحافظ على كرامة الإنسان، ولذلك لا تستطيع الإرادة أن تفعل ما تشاء بدون قيد، فهي خاضعة للقانون الأخلاقي الذي هو مصدرها[2].

وكما رأينا في نظرية العقد الاجتماعي، فإن د/سمير عبد السيد تناغو يرى بشأن مبدأ سلطان الإرادة أن رجال القانون أساؤوا فهم المبدأ، فهم لم يأخذوا منه إلا الاسم فقط ليجعلوا منه نظرية قانونية شهيرة، والتي تتمثل في تقديس العقد، وجعله كقوة القانون سواء بسواء، لأنه شريعة المتعاقدين، ويرى بأن الصحيح في نظره، والذي ينبغي أن يعرفه رجال القانون، أن معنى سلطان الإرادة إنما هو عكس المعنى الذي يطلقه عليه رجال القانون، فرجال القانون يقصدون بالمبدأ الإرادة التعاقدية ذاتها، أما كانت فيرى بأن الإرادة التعاقدية هي إرادة نفعية تتعارض بالضرورة مع سلطان الإرادة الذي هو مبدأ أخلاقي يستمد مبادئه من العقل

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.174.

[2]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.174.

الذي ينبغي أن يخضع له الإنسان، لذلك ينبغي التمييز بين الإرادة التعاقدية، والتي هي إرادة نفعية تتسم بالأنانية وحب الذات، وتعبر عن مصالح شخصية ورغبات متعارضة، وسلطان الإرادة الذي هو مبدأ أخلاقي مطلق، والذي ينبغي أن يخضع له الإنسان في عالمه الحسي[1].

لذلك فالإرادة التعاقدية هي عكس المقصود بسلطان الإرادة، وحتى يمكن الوفاء بالعهد المقطوع (العقد المبرم)، يجب ألا يكون هذا العهد مخالفا للمبدأ الأخلاقي وإلا كان العقد عديم القيمة، لأنه لا يمكن لأحد أن يرتبط بعقد يفقد فيه حقه أو كرامته كإنسان[2].

ونستنتج مما سبق أن الذي يميز كانت عن روسو فيما يتعلق بفكرة العقد الاجتماعي، أن كانت يرى أنها تتكون وفقا لفكرة القانون الطبيعي، بينما يرى روسو أن الدولة إنما تتكون من الاتفاق الحر بين أفرادها[3].

ولعل مرد هذا الاختلاف بينهما هو أن روسو ينظر إلى العقد الاجتماعي بمنظور ما هو كائن، بينما ينظر كانت إلى المبدأ بما ينبغي أن يكون.

رابعا: تأثر المشرع الفرنسي بالأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو و إيمانويل كانت

لقد مر بنا بأن كانت جعل أساس القانون هو ذلك العقل الخالص الذي يجب أن يخضع له العقد، و المستمد من القانون الطبيعي، والذي بموجبه تنتظم التصرفات الخارجية للأفراد، وما دامت هي كذلك فينبغي حمايتها ولو بالقوة أو الجبر.

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.ص.176، 177.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.177.

[3]– مولاي إدريس العلوي عبد العلوي، المدخل لدراسة القانون، ج.1، نظرية القانون، ط.2، الرباط، المغرب،1975، ص.181.

محمد شيلح، المرجع السابق، ص.27.

وإذا سلمنا بأن الأمور بغاياتها، وأن غاية القانون لا يمكن أن تتمثل إلا في التعايش السلمي والضروري للحريات الفردية.

وإذا كان القانون يستمد قوته من الحرية، فإنه يكون بذاته معبرا عن العدالة، باعتبار أن الإرادة نفسها هي التي تضع القانون، لذلك فلا يستطيع الفرد أن يمتنع عن تطبيقه أو الخضوع لأحكامه، لأن ذلك سيكون منافيا للعدالة.

و انطلاقا من هذا المفهوم، فإن كانت كان ينادي بوجوب التطبيق الفوري للقوانين الموجودة، لأنه لا وجود لأي مقاومة مشروعة من طرف الشعب، والواجب على الشعب هو تحمل تعسف السلطة العليا، حتى ولو بلغ هذا التعسف حدا لا يطاق، لأن المقاومة تعتبر في حد ذاتها عملا غير مشروع، وبأن إقامة النظام أهم من إقامة العدل، ولذلك فإنه لا يجوز مقاومة القوانين الظالمة[1]، ولأن من مبادئ العقل والمنطق أن يتصرف المرء دائما بالشكل الذي يجعله يحترم الدولة والقوانين المعمول بها.

وتطبيق القوانين بهذا الشكل، ينبغي ألا يكون بالبحث عنها في العقل، ولكن في التقنين الذي تصدره السلطة العليا في الدولة، ولا داع للتثبت من صحتها ومطابقتها للعقل لدى تطبيقها، لأن هذه القوانين هي التي تجعل من الشيء أمرا عادلا، ومن ثم لا يجوز حتى لرجل القانون التساؤل عما إذا كانت هذه النصوص عادلة، لما في ذلك من مخالفة للعقل السليم[2].

ولعل هذا التفسير لمذهب كانت هو الذي وقع تكريسه لدى صياغة القانون المدني الفرنسي سنة 1804 من خلال المادة 1/1134 منه[3]، والذي لخصه الفقيه الفرنسي "شارل

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.115، محمد شيلح، المرجع السابق، ص.29.

[2]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.29.

[3]- والتي كانت تنص: "الاتفاقات المبرمة بوجه شرعي، تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها".

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

بودان" في عبارته "القانون هو سلطان الكائن البشري"[1]، حيث اعتبر أن "القانون هو وسيلة لخلاص الفرنسيين بل والإنسانية جمعاء وغاية الغايات"[2].

وقد بلغ هذا التأثير مداه عند إحجام الفقه والقضاء عن تحديد مفهوم النظام العام في القرن 19 وبداية القرن 20، لما قد يؤدي هذا التحديد من تضارب في الآراء حول محتوى العناصر المكونة للنظام العام، وفي تفسير محتوى هذه العناصر، كما يمتنع على القاضي التفكير فيها، بل ولو أن القاضي امتنع عن تطبيق القانون على القضية المعروضة عليه، لاعتبر ذلك جريمة لإنكاره العدالة، وهي جريمة يعاقب عليها القانون، وعليه يمكن اعتبار مساهمة كانت في بلورة مبدأ سلطان الإرادة الأهم على الإطلاق في الأسلوب القانوني الفرنسي وفي غيره من الدول التي نهجت منهجه، إنه مبدأ سلطان الإرادة، ولقد اعتبر كانت أول من زود الفكر الفرنسي بهذا المصطلح، فهذا المبدأ لا يحده قيد أو شرط إلا ما كان في القانون، والقانون نفسه من صنع إرادة الفرد المطلقة، لذلك لا يستطيع هذا الأخير الامتناع عن تطبيقه أو الإحجام عن الخضوع له.

وما يبرر الخضوع للقانون بهاته الكيفية، هو أن المشرع لدى وضعه القانون، فإنه لا يملك سلطة مطلقة، بل تتقيد سلطته باعتبارات العدل والمصلحة العامة، كما تتقيد سلطته بأحكام الدستور أيضا، لذلك يتوجب على الفرد الخضوع المطلق للقانون[3].

وأمام هذه الأفكار الفلسفية التي أدت إلى ظهور الروح الفردية، وتجسيد الإرادة في تقنين نابليون، فإن الظروف الاقتصادية هي الأخرى ساهمت بدورها في بلورة مبدأ سلطان الإرادة حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم.

---

[1]– Beudant (charles), op.cit, P.146.

محمد شيلح، المرجع السابق، ص.29.

[2]– محمد شيلح، المرجع السابق، ص.29.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.56، محمد شيلح، المرجع السابق، ص.31.

الفرع الثاني: تأثير الظروف الاقتصادية في تدعيم مبدأ سلطان الإرادة

رغم التأثير المهم لفكرة القانون الطبيعي، والعقد الاجتماعي، وكذا الأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو ولوك المتشبعتين بروح الفردية، والتي مهدت لقيام مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن كل ذلك لم يكن كاف لإقرار المبدأ تشريعيا.

فالعوامل السابقة كان يغلب عليها الطابع الفلسفي أو النظري البحت، حيث لم يكن بإمكان المشرع أن يترجمها لوحدها إلى واقع ملموس من خلال التشريع ضمن نصوص القانون المدني إلا تحت تأثير الواقع الاقتصادي، الذي كان متشبعا هو الآخر بالروح الفردية.

ولقد كان للظروف الاقتصادية هي الأخرى أثرها البالغ في دعم المبادئ الفلسفية من أجل الإعلاء من مبدأ سلطان الإرادة من خلال مبدأ الحرية الاقتصادية، والتي لا تتم إلا بأعمال مبدأ الحرية التعاقدية حتى يصبح العقد هو الصورة المثالية للعدل.

فمبدأ سلطان الإرادة كان يترجم بحق مبدأ الحرية الاقتصادية، والتي تعني ضرورة فسح المجال للأفراد لتبادل الثروات والخدمات بكل حرية ودون أية قيود، باعتبارها السبيل الوحيد لتحقيق النمو الاقتصادي وتراكم الثروة، وبالتالي تحقيق الرخاء الاقتصادي، ولم يكن ذلك ممكنا إلا بإزالة القيود، بأن يتعاقد الأفراد كما يشاؤون وبمحض إرادتهم سواء في إنشاء العقود أو في ترتيب آثارها[1]، وبأن الإرادة هي وحدها أساس القوة الملزمة للعقد، ولا يجوز للمشرع أن يتدخل إلا لتأكيد ممارسة الأفراد لهذه الحرية.

ولقد ساهمت عوامل متعددة في بروز العامل الاقتصادي الذي مهد لتجسيد المبدأ قانونا، فقد ساهمت الحروب الصليبية، والتي اتخذت من المسيحية ستارا لها، في حين أن الغرض منها كان واضحا وهو نهب أموال وخيرات الدول، مما سمح بتكديس الثروات من

---

[1]– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص464، أنظر أيضا محمد شيلح، المرجع السابق، ص.66.

طرف طبقة من التجار سميت بالبورجوازية، والتي كانت تنادي بوجوب فتح المجال للتجارة والصناعة وتبادل السلع والخدمات،[1] باعتبار ذلك حقا مكتسبا وحماية لحق الملكية، لأنها حق طبيعي مقدس.

وقد تحقق لهم ذلك، ورغم أنه ظاهريا كان التعامل يتم على أساس التراضي[2]،إعمالا لمبدأ الحرية الاقتصادية، إلا أن الواقع كان عكس ذلك، حيث أنه كان أقرب إلى السلب والنهب منه إلى التجارة مما ساهم لاحقا في ظهور النظام الرأسمالي[3].

وتستند طبقة التجار في تبرير مساعيها بوجوب إعمال مبدأ الحرية التعاقدية في المعاملات، وإلى اعتبار مبدأ سلطان الإرادة خير سبيل للانتعاش الاقتصادي، لأنه المحرك الرئيسي للعجلة الاقتصادية بعيدا عن أي تدخل من طرف الدولة بفرض قيود أو حدود، والتي من شأنها أن تعرقل المبادرة الفردية.

فهم يرون بأن الحرية الاقتصادية إنما تستمد جذورها من مبادئ القانون الطبيعي ذاته، فهذا الأخير يقوم على مبدأ وجوب احترام الحرية الشخصية سواء عند إبرام العقود أو عند تنفيذه[4].

وكنتيجة لهذه الحرية أن ازداد الإنتاج الصناعي، مما ترتب عنه زيادة في المبادلات التجارية واتساع مجال التعامل بالعقود باعتبارها أفضل وسيلة لتلبية الاحتياجات وإشباع الرغبات المتعددة التي يمليها التعامل الاقتصادي، وبأن الخير المشترك لا يمكن تحقيقه إلا بتحقيق المصالح الخاصة[5]، وأن الحرية هي الشرط الوحيد لتحقيق العدالة الاقتصادية، وأن من شأن هذه الحرية أن تؤدي إلى المنافسة، أي حرية التبادل، والتي تنعكس إيجابا على خفض الأسعار مما يحقق النفع العام والرخاء الاقتصادي.

---

[1]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.126.

[2]- نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.38.

[3]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 94، 95.

[4]- حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.ص.11، 12.

[5]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص. ص.36، 37، أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.466، نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص.3.

ولذلك أصبح العقد هو الصورة المثالية للعدل، فهو الذي يمنع كل تجاوز أو إضرار بمصالح الغير، وهو أفضل ضمان لإقامة التوازن العقدي[1]، وبأن العمل الحر كفيل بأن يحقق الازدهار والتوازن الاقتصادي بين العرض والطلب، فيصبح الثمن معبرا عن القيمة، ويصبح الإنتاج وفقا للاحتياجات، وبذلك ينتظم السوق تنظيما ذاتيا، فتصبح هناك آلية اقتصادية قوامها الحرية الاقتصادية، والتي ينبغي تركها لتعمل بكل حرية من منطلق أن كل فرد يسعى لتحقيق مصالحه الشخصية، فالمرء هو أفضل من يدافع عن هذه المصالح عن طريق الالتزامات التي يبرمها طواعية واختيارا[2]، وهاته الأخيرة تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، فيؤدي ذلك إلى تحقيق الحد الأقصى في الإنتاج والحد الأدنى في الأسعار[3].

أما الالتزام الذي لا يرتضيه الشخص، أو يفرض عليه، فلا يمكن أن يكون عادلا، لأن معناه حينئذ هو أنه لم يكن موافقا عليه، وبالتالي يؤدي إلى نتائج سلبية.

والواقع فإن القول بوجوب إعمال الحرية الاقتصادية بدون قيود، كان يصطدم بدعوة الكنيسة إلى وجوب محاربة الغش في التجارة والمساواة والحيلولة دون تراكم الثروات، وفرض الثمن العادل، و تحريم الفوائد.

غير أن هاته الدعوة سرعان ما تراجعت عنها الكنيسة وأباحت[4] هذه الحرية الاقتصادية، فتحايل التجار على النصوص التي تحرم الربا وأباحته، وكانوا يظنون بأنهم

---

[1]- أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.466.

[2]- TERRE- FORNACCIARI (D) : L'autonomie de la volonté, Rev. Sc. Morales et politiques, 1995, P.255, sp, P 264

أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص. ص.20، 21.

[3]- أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.467، حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية في الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص.79.

[4]- في الواقع ظهر هناك اتجاهان بخصوص رأي الكنيسة في هذه المسألة، الأول وهو مذهب "مارتن لوثر"، والذي كان يدعو إلى تحريم الفوائد، والثاني وهو مذهب "جون كالفن"، والذي كان يدعو إلى تكديس الثروة، لأنها اختيار إلهي، وهو الاتجاه الذي اعتمده المذهب الفردي، فهو يكرس الطبقية والتفاوت باسم الدين المسيحي بدعوى تشجيع روح المغامرة واحترام إرادة الفرد: JOSEPH RAMBAUD, Histoire op.cit, p.p.84- 87.

رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.129.

ينفذون إرادة الله، فتسابقوا إلى جمع الثروة تأسيسا على أن الله خلق الغني والفقير، وأن التاجر الذي يكد ويجتهد للحصول على الربح بجده واجتهاده إنما يحقق رغبة الله ومشيئته، أما الفقير فيوصف بالكسل، والكسل إهانة لله، ثم ما المانع أن يتفاوت الناس في الغنى والفقر، فهذه سنة الله في الأرض، لذلك تم تسخير هذه الأفكار لتدعيم الفلسفة الفردية، واستخدامها لصالح طبقة معينة، والتي بموجبها ثم استغلال الظروف الاقتصادية لصالح الطبقة البورجوازية دون أدنى اعتبار للمصلحة العامة، وكل ذلك كان تحت شعار "دعه يعمل دعه يمر" وبأن القانون شر يجب تفسيره في أضيق نطاق.

المطلب الثاني: النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية

لقد قامت الفلسفة التقليدية لمفهوم العقد على مبدأ أن الفرد هو العنصر الأساسي والرئيسي في العلاقة العقدية، وبالتالي يجب الدفاع عن مصالحه الخاصة بشكل تجعل منه المهيمن على إنشاء هذه العلاقة، وتخوله تحديد شروطها وترتيب آثارها بعيدا عن أي ضغط مهما كان نوعه، بل أن هذه العلاقة بعد نشوئها تصبح بمثابة القانون الذي يسير العلاقة بين الطرفين المتعاقدين، لا يسمو عليه أي قانون ولا تحده أية قيود، بغض النظر عن المصلحة الاجتماعية.

وكنتيجة لسيطرة مبدأ سلطان الإرادة على العقود، وهيمنة الأفكار الفلسفية والاقتصادية والتي أسست لظهور المبدأ، أصبح من المسلم به أن مبدأ الحرية الذي يكاد يكون مطلقا، اعتبر بمثابة النهج الذي سلكه المبدأ خصوصا في قمة رواجه في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر.

لذلك فقد أدى تطبيق نظرية سلطان الإرادة على النظام القانوني للعقد في صورته التقليدية أدى إلى عدة نتائج غاية في الأهمية، والتي أبرزت حقيقة المبدأ، والحدود التي بلغها في أوج عطائه، وهي كلها تعبر عن المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، وتبرز في الواقع الصورة الحقيقية للمبدأ في صورته التقليدية، لذلك كان لا بد من استعراض هذه الآثار حتى يتم التعرف على المبدأ من جهة، وحتى يمكن إبراز مختلف القيود التي

طرأت على المبدأ فيما بعد من جهة أخرى، والتي قيدت المبدأ إلى حد كبير بالنظر لما كان عليه في فترة ازدهاره، ونستعرض فيما يلي هذه النتائج.

الفرع الأول: مبدأ حرية التعاقد

يعتبر مبدأ حرية التعاقد من صميم مبدأ سلطان الإرادة[1]، فالالتزام يستمد قوته من الإرادة المستقلة، لذلك ينبغي على المشرع أن يترك لهذه الإرادة مجالا واسعا لحرية التعبير، وهذه الحرية هي التي تلبي احتياجات المتعاقد وتوفر له ما يريده من سلع أو خدمات[2].

وتتمثل الحرية العقدية من خلال تمتع الشخص بمجموعة من الخيارات، هي حريته في التعاقد أو عدم التعاقد، وحريته في اختيار المتعاقد معه من عدمه، وحريته تحديد موضوع التعاقد[3].

فبالنسبة للخيار الأول وهو حرية التعاقد من عدمه، فإنه لا أحد يجبر الشخص في الدخول في أية علاقة تعاقدية لا يريدها مع الآخرين، فالشخص حر في أن يبيع أو يشتري أو يمتلك أو يتبرع أو يؤجر أو يستأجر، لأن رفض التعاقد ما هو إلا مظهر من مظاهر الحرية.

وبالنسبة للخيار الثاني، وهو أيضا خيار منطقي ينبثق من مفهوم حرية التعاقد، فللطرفين اختيار الطرف الآخر بكل حرية، ولن يتم ذلك إلا بعد مناقشات حرة يتحدد بموجبها ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات، فإذا انطبقت الإرادتان فإنها تعبر حينئذ عن إرادتهم الضمنية، فيتحدد حينئذ الطرف الآخر بمجرد التوصل إلى النتيجة التي ارتضاها الطرفان، ولا يمكن للمشرع أن يعرقل هاته الحرية إلا في أضيق نطاق.

---

[1]– LUCHAIRE (F) : Les fondements constitutionnels du droit civil, Rev. trim. dr. civ. 1982, P.324.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.80، محمد صبري السعدي، ص.47.

[3]– أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.29.

فالحرية العقدية هي نتيجة للمبادئ التي قام عليها المبدأ عند ظهوره، وهي تكرس قيمة الفرد عند التعاقد، والذي لا تحده سوى القواعد الآمرة، والتي تعتبر استثنائية ويجب أن تكون كذلك[1].

وبالنسبة للخيار الثالث، وهو أيضا ينبثق من مفهوم الحرية، فإذا كان الشخص حرا في التعاقد من عدمه، وفي اختيار الطرف المتعاقد معه، فله أيضا أن يضمن العقد ما شاء له من شروط بكل حرية واقتناع، كما سنرى فيما بعد، ولا يحد من هذه الحرية سوى القواعد الآمرة والتي يجب أن تكون في أضيق نطاق.

ورغم أن المشرع نظم عقودا مختلفة تحت ما يسمى بالعقود المسماة، إلا أن هذه العقود ينبغي ألا تفرض نفسها على الأطراف، لأنها عبارة عن نماذج تسهل على المتعاقدين كيفية إبرام عقد ما، فلهم الرجوع إلى أحكامها عند الحاجة، ولهم أن يعدلوا أو يغيروا من أحكامها حسب رغباتهم، بل ولهم أن يتجاهلوها تماما بأن ينشئوا عقودا جديدة تختلف في أحكامها عن تلك التي نظمها المشرع.

ولقد طبعت فكرة "لا يلزم أحد بغير إرادته" القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1134 منه[2]، بل ولا زالت هذه الفكرة قائمة إلى اليوم كمبدأ أساسي لقيام العقد رغم تقييده بمجموعة من القيود الموضوعية والشكلية.

الفرع الثاني: العقد هو المصدر الرئيسي للالتزامات

يرى أنصار المدرسة الكلاسيكية أن مصدر جميع الالتزامات إنما هو الاتفاق أو العقد، بل حتى ولو وجدت التزامات مصدرها القانون فإنها تعد استثناءا من المبدأ العام.

1– أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.30.

2– تنص المادة 1134 مدني فرنسي:

Article 1134 ;"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

والواقع، فلقد بالغ بعض دعاة المذهب الفردي عندما اعتبروا الإرادة هي المصدر الأول للالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد، بل وأيضا لكل مصادر الالتزام الأخرى، فالزواج في نظرهم مبني على الإرادة، والميراث ما هو إلا وصية مفترضة، وحقوق الأسرة مصدرها عقد الزواج الذي نشأ بالإرادة، والإرادة المنفردة مصدرها الإرادة الخالصة للشخص الذي يلتزم بموجبها تجاه الغير، والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب مصدره الإرادة الحرة للشخص، حيث أن الالتزام المترتب عنهما تنشئه إرادة صاحب الفعل المخالف للقانون، أي التصرف الإرادي غير المشروع، وكذا في الإثراء قبول التعويض للطرف الآخر، كما أن القانون عندما يرتب قاعدة ما، إنما يفترض في المخاطب بها أنه ارتضاها كالتزام في ذمته[1] بل وتعتبر الإرادة الحرة مصدرا للقانون كما يقول المبدأ الفلسفي "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"[2].

ونظرا لأهمية العقد فقد أولاه المشرع أهمية بالغة حيث خصه بأكبر عدد من المواد (54 إلى 123 مدني).

الفرع الثالث: عدم تقييد الإرادة بأية قيود

لقد ورد في تعريف العقد بأنه " اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزام"[3]، فتوافق الإرادتين يعني انطباق الإيجاب بالقبول، وهو جوهر مبدأ سلطان الإرادة ذاته، وبه ينشأ العقد، وإذا كان المبدأ مقيدا بعدم الإخلال بالنصوص القانونية كاشتراط الشكلية في بعض العقود (المادة 59 مدني)، إلا أن المبدأ في انعقاد العقد في ظل النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة يقتضي استبعاد أي شكل خاص يقيد الإرادة، سواء تعلق الأمر بالعقد ذاته أو بأي اعتبار آخر تفرضه مصلحة المجتمع، وبالتالي فإن الأهم هو ما ارتضاه المتعاقدان، فيكون المبدأ حينئذ هو نفسه الذي

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص145، خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.20 في الهامش، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.53، خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق،ص.18.

[2]– أ. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.49 هامش رقم 17، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.134.

[3]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.146.

يسمح بإقرار الشكل الاختياري للعقد، أما إن تطلب القانون هذا الشكل، فهذا من شأنه الحد من المبدأ، حتى ولو كان ذلك في صالح المتعاقدين أنفسهم[1].

ولقد طغت الشكلية في القانون الروماني أكثر من اللازم، واستمرت جزئيا في ظل القانون الكنسي، بينما اتسمت التصرفات في الفقه الإسلامي بخلوها من أية شكلية، إلا استثناءا ولاعتبارات هادفة.

وإذا كانت الشكلية في نظر البعض تعد صورة من صور الإجبار على التعاقد[2] إلا أنه يجب إضفاء مرونة على مضمون المبدأ، بحيث يمكن الأخذ بالشكلية بالقدر اللازم لحماية المتعاقدين أنفسهم من بعض التصرفات، ولا ينظر إليها بأنها قيد على الإرادة، فإذا استلزم القانون شكلية ما، فيجب أن يفهم من ذلك بأنها لمصلحة المتعاقدين أنفسهم، وتنبيها لهم إلى خطورة بعض التصرفات، كما أنها تشكل حماية للغير الحسن النية.

ومع ذلك فإن القبول بهذه الشكلية لا يتم إلا على مضض طالما أنها جاءت للمصلحة العامة، بشرط ألا تشكل خطرا كبيرا أو قيدا جسيما على مبدأ سلطان الإرادة ما دامت الأطراف المتعاقدة كانت على علم بها قبل إبرام العقد، أما عندما يراد تعديل العقد في شروطه أو في آثاره بعدما تم إبرامه بحجة المصلحة العامة واستجابة للعدالة أو رأي أغلبية الأطراف، فإن هذا التعديل يشكل أكبر خطر على مبدأ سلطان الإرادة إن لم ينفيه من أساسه[3].

وينبغي أن يفهم بأن وجود الشكلية في بعض التصرفات لا يعني المساس بمبدأ سلطان الإرادة بالضرورة، فتطور المجتمعات وما استجد من تغيرات في الجانب الاجتماعي والاقتصادي، أصبح يتطلب المزيد من القيود إلا أن ذلك كله لم يؤخذ بعين الاعتبار.

---

[1]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.148.

[2]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.149.

[3]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص.98.

الفرع الرابع: كل التزام حر يعتبر التزاما عادلا

تشكل الإرادة في المذهب الفردي المصدر الوحيد للحقوق والالتزامات، ولا شيء يحد من قوتها الملزمة عند التعاقد، فمن قال عقدا فقد قال عدلا[1].

"Toute justice est contractuelle, qui dit contractuel dit juste"

والأصل في الإرادة المتعاقدة أنها لا تأخذ بعين الاعتبار سوى مصلحتها الشخصية، وفي ذلك تكريس للعدل بعينه، ويعبر عنه في الاقتصاد بقاعدة "دعه يعمل دعه يمر"[2].

ولقد تم تفسير المادة 1134 مدني فرنسي من وجهة أنصار المذهب الفردي بأن كل إنسان "ينبغي اعتباره أفضل مدافع عن مصالحه"[3].

فإذا كان كل التزام لا ينتج عنه سوى عقد، فإن كل عقد يفترض فيه أن يكون عادلا، ومن ثم فإن كل تعديل في شروط أو آثار العقد يلجأ إليه أحد المتعاقدين لن يكون سوى على حساب المتعاقد الآخر، والنتيجة إلحاق الأذى بالطرف الآخر، وبالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون، ويعتبر أكبر خطر يمس حرية المتعاقد.

فلا يعقل أن يبادر الإنسان العادي عن طواعية واختيار على إبرام تصرف ما هو في غير صالحه، فالشخص المتعاقد هو أفضل من يقدر ما هو أصلح له بحكم احتياجه له، فيفترض فيه حينئذ أن يصدر رضاه عن اقتناع وحسن إطلاع.

1– RIPERT (Georges) : La règle morale dans les obligations civiles, 4e éditions, L.G.D.J, Paris, 1949, no.22.

أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.25.

2– محمد شيلح، المرجع السابق، ص.95.

3– والواقع فإن هذه وجهة نظر المدافعين عن المذهب الفردي فيما يتعلق بسلطان الإرادة في التعاقد، حيث أن إلزام الشخص بالإتفاق مهما كان جائرا بدعوى أنه هو الذي قبله ابتداء، هو قول لا مجال لتطبيقه إلا في مجتمع ينعدم فيه التفاوت بين الإرادات، وتسود فيه المساواة الكاملة، ويتساوى فيه القوي مع الضعيف، والكل على حد سواء، وهذا أمر يستحيل وجوده على أرض الواقع، محمد شيلح، المرجع السابق، ص.90.

وإذا كانت الإرادة تخلق العدل بنفسها عند ارتباطها بعلاقة تعاقدية مع غيرها، فلا يكون للمشرع حينئذ سوى أن يمتنع عن التدخل في هذه العلاقة، طالما أنها سليمة من العيوب وصادرة عن كاملي أهلية، فإن شاب هذه العلاقة غبن أو تفاوت في الأداءات، أو تحديد لسعر الفائدة، أو عدم تعادل فيما يحصل عليه العامل من أجر بالنظر إلى ما يقدمه من شغل، فليس للمشرع هنا أن يتمسك بمبدأ الثمن العادل أو الأجر العادل، لأن ما اتفق عليه الطرفان هو عين العدل ولا شيء غير ذلك[1].

فالحرية يجب ألا يحدها قيد، وأن أي تدخل من طرف الدولة ينبغي أن يقتصر على ضمان حق كل شخص دون أن يتعدى ذلك.

لذلك يفترض دائما أن هناك مساواة بين كل إرادتين حرتين، ولا يمكن أن يتولد عن تطابقهما سوى عقد عادل.

وكنتيجة لما سبق، فإن الأجر الذي يتفق عليه العامل مع رب العمل يبقى عادلا، وكل تدخل من طرف المشرع لتنظيم هذه العلاقة يعتبر تعسفا، وعلى القاضي متى رفع أمامه النزاع أن يقتصر دوره في الإجابة عن سؤال واحد هو هل العقد حر؟ فإن كان الأمر كذلك، كان العقد عادلا ومطابقا للقانون، بغض النظر عن عدم تكافؤ الأداءات، طالما أن التكافؤ في الحريات قد تحقق فهذا التكافؤ في الحرية هو عين العدل.

وإذا كان القانون قد وضع تنظيما نموذجيا لبعض العقود، وهي طائفة العقود المسماة، فلا يعني ذلك إلزام المتعاقدين بما ورد فيها من أحكام، بل تظل هذه الأحكام اختيارية يجوز الخروج عليها طبقا لمصالح المتعاقدين، بل ويجب على هيئة التشريع أن تراعي لدى صياغتها النصوص القانونية عدم المساس بالحرية الفردية، بأن تترك مجالا واسعا للمتعاقدين للإتفاق على ما يخالف أحكامها وفقا لما يرونه مطابقا لظروفهم ومصالحهم،

---

[1]– عبد المنعم البدراوي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، طبعة 1975، بدون ذكر مكان الطبع، ص.305.

كذلك ينبغي أن يكون للمتعاقدين خلق عقود واتفاقات لم يرد بشأنها نص في القانون، ولا يقيد من حريتهم هاته سوى فكرة النظام العام والتي يجب أن تكون محصورة في أضيق نطاق[1].

الفرع الخامس: حرية المتعاقدين في تحديد شروط وآثار العقد

لا يقتصر سلطان الإرادة على حرية التعاقد أو عدم التعاقد على النحو الذي رأيناه، بل إن حرية الشخص عند التعاقد تشمل أيضا حق المناقشة والمساومة وتحديد أوصاف محل العقد وشروطه ومكانه وزمانه، والضمانات المقدمة كصلاحية المبيع لمدة معينة، ومدى توفره على المواصفات القانونية والمقاييس العلمية، كما تشمل أيضا حريته في اختيار نوع العقد بمحض إرادته[2]، واختيار شخص المتعاقد معه، كما رأينا، وفيما إذا كان التعاقد أصالة عن النفس أو نيابة عن الغير، ومن باب أولى لا يجوز إجبار شخص على إبرام عقد لا يريد إبرامه لتعارضه مع مبدأ سلطان الإرادة[3]، وبذلك يعد العقد المصدر الأساسي والوحيد المستمد من الإرادة التي بدونها ما كان العقد ولا الالتزام ليوجد.

وإذا كان أنصار مبدأ سلطان الإرادة يعتقدون بأن كل التزام تعاقدي يعتبر مشروعا وعادلا لأنه يقوم على فكرة المساواة المطلقة بين جميع الأفراد، إلا أن هذا الاعتقاد خاطئ، وهو أمر يستحيل تحققه، كما أن إعمال المبدأ هكذا وبدون ضوابط هو عين الظلم و اللاعدل بذاته.

وكما للإرادة الحرية في تحديد شروط العقد، فلها أيضا الحق في تحديد مضمون العقد، وفي ترتيب آثاره المتوخاة من العلاقة العقدية، فينبغي أن يكون ذلك دون تدخل، وأن تحدد ما تراه مناسبا من أداءات متقابلة، رغم ما قد يوجد من تفاوت بين الإرادات من حيث القوة في فرض شروط العقد وآثاره من طرف قوي على طرف ضعيف، ولها أن ترتب التزاما

---

[1]– محمد حسن منصور، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، القانون والحق، ط.1997، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص.10، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.61.

[2]– رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.153.

[3]– وإن كان الأمر مختلفا حاليا بفعل العوامل الجديدة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، والتي تستلزم فيها المصلحة العامة مثل هذا الالتزام كما سنرى لاحقا في الباب الثاني.

لم يرتبه القانون، أو أن تحذف التزاما رتبه القانون كما في العقود المسماة، ولها أن تشدد في آثار العقد أو تخفف منها[1].

وطبقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"[2] فإنه متى سبق الاتفاق بين الإرادتين في العقد فلا يجوز لأي من المتعاقدين، ولا للمحكمة تعديل ما تم الاتفاق عليه، أو الخروج عن تفسير شروط العقد أو تأويلها في غير ما اتجهت له الإرادتان، كما يجب ألا يطال العقد حقوقا أو التزامات لم تتجه إليها الإرادتان، ولا أن يزاد أو ينقص من هذه الالتزامات، فالالتزام الناشئ عن العقد يعد بمثابة شريعة لهم كما لو كان ناشئا عن نص تشريعي[3].

لكن لا يعني هذا أن العقد قد أنزل منزلة القانون، إنما هو تشبيه لقوة العلاقة العقدية بقوة القانون، فينبغي عدم الخلط بين قوة العلاقة العقدية وقوة القانون، فالعقد شريعة

---

[1]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.158.

[2]- وهو ما يعبر عنه بـ Pactasuntservand وتعني الوفاء بالعهد بمعنى ضرورة احترام ما تم التلفظ به، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط 1، المرجع السابق، ص.697، عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن –دراسة تطبيقية– في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط.2005، ص.24.

و تنص المادة 106 مدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهي تقابل المادة 147 مدني مصري والمادة 1134 مدني فرنسي.

كما تنص المادة 107 مدني "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

[3]- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.292.

- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13. 06. 1990 (ملف رقم 61489) والذي قضى بنقض قرار مجلس قضاء جيجل حينما ألغى العقد المبرم بين طرفين متعاقدين بسبب نكول أحدهما عن تنفيذ ما التزم به في حين كان ينبغي على قضاة المجلس أن يلزموا الطرف المخل بتنفيذ ما التزم به، المجلة القضائية، 1991، العدد 4، ص.65.

- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية المؤرخ في 08. 02. 1982 الملف رقم 26766، ن.ق، سنة 1982، العدد 104، ص.266.

- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 03. 04. 1985، ملف رقم 33528، م.ق، سنة 1989، ع.04، ص.48.

- قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 07. 02. 1983، قضية رقم 29500، م.ق، سنة 1989، ع.1، ص.165.

حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة، الجزائر، ط.2004، ص.41، 45.

المتعاقدين ليس معناه حلول نصوص العقد محل نصوص القانون، بل إن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية لذلك فهو ليس في درجة القانون[1].

وعليه فإن المبدأ يقتضي احترام المتعاقدين للعقد وتنفيذه بمثل ما اتفق عليه، فلا نقض ولا تعديل له إلا بالاتفاق، كما يعني أيضا وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد وفق الشروط التي تضمنها[2].

وتعنى القوة الملزمة للعقد في نظر أصحاب النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة، أنه إذا كان كل التزام لا ينتج إلا عن عقد، وأن كل عقد يعتبر عادلا، لذلك فإن أي تعديل في شروط أو آثار العقد من قبل أحد المتعاقدين سوف لن يتم إلا على حساب المتعاقد الآخر، والذي من شأنه أن يلحق أكبر الضرر بالمبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة بل وقد ينفيه تماما[3].

وطبقا لهاته النظرية، فإنه إذا كان من الممكن تدخل المشرع لفرض بعض القيود السابقة على إبرام العقد لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، كاشتراط الشكلية في عقد الزواج مثلا، فإن ذلك لا يشكل خطرا كبيرا على المبدأ لعلم الأطراف المتعاقدة بها قبل التعاقد، أما عندما يراد تعديل العقد في شروطه أو آثاره بعد إبرامه، ولو كان ذلك بحجة المصلحة العامة والعدالة، فهنا يكمن الخطر لأن من شأن هذا التعديل أن ينسف مبدأ سلطان الإرادة من أساسه[4].

---

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.360.

[2]– علي فيلالي، المرجع السابق.

و سنرى في الباب الثاني مفهوم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حسب المفهوم الحديث للمبدأ الوارد في القانون المدني الجزائري بشيء من التفصيل.

[3]– محمد شيلح، المرجع السابق، ص.98.

[4]– محمد شيلح، المرجع السابق، ص.98.

لذلك فليس للشخص الذي وقع على عاتقه الالتزام (المدين) أن ينهي القوة الملزمة للعقد، ولو لم يكن هناك تعادل في الالتزامات، حيث يكفي أن يتوفر لكل منهما حريته وإرادته المستقلة لدى التعاقد، فالعقد لا يمكن تغييره أو تعديله أو تأجيله أو وقف تنفيذه إلا باتفاق الإرادتين معا، وليس للقانون أو القاضي سلطة التدخل في العلاقة العقدية[1]، لذلك فالقوة الملزمة للعقد تقيد المشرع كما تقيد القاضي أيضا[2].

فبالنسبة للمشرع، وفيما يتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان، فإن القانون الجديد يجب ألا يمس العقود السابقة التي أنتجت آثارها قبل صدوره، وكذلك التي نشأت قبل صدور القانون الجديد ورتبت آثارها في ظله، حيث تبقى خاضعة للقانون الذي أبرمت في ظله.

وبالنسبة للقاضي فمتى كانت إرادة الأطراف واضحة، فليس له أن يرفض تطبيقها أو استبعاد شروطها ما دامت صحيحة بحجة مخالفتها للعدالة، ومن باب أولى لا يمكنه تعديل ما ترتبه من آثار.

الفرع السادس: نفي وجود أي التزام قبل إنشاء العقد

يقصد بالالتزام السابق على التعاقد ما يتعلق بوجوب الإدلاء بالمعلومات والبيانات وإسداء النصيحة اللازمة أو التحذير إذا تطلب الأمر ذلك، خصوصا بالنسبة للأشياء الخطيرة أو المعقدة أو التي تتطلب استخداما خاصا، أو التي يختلف استخدامها من شخص لآخر.

فإذا كان المبدأ يقضي بوجوب توفير قدر معقول من هذه الضمانات لصالح المتعاقد الآخر تحت ما يسمى بالالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتحذير حتى يصدر القبول عن رضاء

---

[1]- أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.38.

[2]- « Nul ne peut modifier les conditions ou les effets d'un contrat valablement formé sans le consentement unanime de ceux qui y ont contribué ».Gounot (E), op.cit.

محمد شيلح، المرجع السابق، ص.97.

مستنير ومتبصر، ويحقق التوازن في المراكز العقدية[1]، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية لا يقر بهذا الالتزام لا قبل التعاقد ولا أثناء التعاقد إلا إذا تفضل به المتعاقد، لأنه لا يجوز انتزاع الإرادة من صاحبها قبل التعاقد.

المبحث الثاني: مرحلة انتكاس مبدأ سلطان الإرادة

للحرية التعاقدية جوانبها الإيجابية و السلبية، فإذا كان النظام التعاقدي في ظل النزعة الفردية يحقق للمتعاقدين الحرية الإرادية من جهة، إلا أنه من جهة أخرى تقتصر هذه الحرية من الناحية العملية على طرف واحد دون الطرف الآخر، فيصبح صورة من صور الإجبار على التعاقد، ولعل السبب في ذلك هو امتناع القانون في ظل المذهب الفردي عن التدخل في هذه العلاقة بدعوى عدم المساس بهذه الحرية المزعومة.

فالاتفاق الحر في نظر هذا المذهب يقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين، لأنهما أقدما بإرادتيهما على هذا الاتفاق، ومن ثم وجب عليهما الالتزام بكافة النتائج المترتبة عنهم هما كانت جائرة.

والواقع فإن الحرية التعاقدية في ظل هذا النظام، لا تصلح إلا في ظل مجتمع ينعدم فيه التفاوت بين الإرادات، وتسود فيه المساواة الكاملة، وتتوفر فيه الظروف المناسبة لكل طرف من أطراف العلاقة، ويتساوى فيه القوي و الضعيف، وهذا مجرد افتراض نظري يستحيل وجوده على أرض الواقع.

وإذا كان أنصار حرية التعاقد يرتكزون على مبدأ أنه: "لا التزام إلا بما التزم به الشخص"، فلا يجبر الشخص بقبول أي شروط جائرة، ما دام أنه حر، و بإمكانه الامتناع عن التعاقد.

---

[1]- المادة 352. 1 مدني والتي تنص "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

إلا أن القول بذلك سيؤدي لا محالة إلى عزل القانون عن العلاقة العقدية، وبغياب القانون تسود شريعة الغاب.

فالغرض من القانون، و الحال هذه، هو تنظيم هذه الحرية المعبر عنها من طرف المتعاقدين، و من شأن ذلك اتساع هذه الحرية لتستوعب الفئات الضعيفة و المحرومة، وألا تقتصر على الفئة الأقوى بذريعة ترك الأمور للإرادة.

ونظرا لمساوئ الحرية التعاقدية التي سادت في ظل المذهب الفردي أن بلغ مبدأ سلطان الإرادة مداه في عز انتشار هذه المذهب، وبعد أن تبين أن الحرية التعاقدية أصبحت لا تحقق بالضرورة العدالة، وأنها أصبحت مجرد شعار يخفي وراءه حالات متعددة من الاستغلال و الإجبار على التعاقد تحت ضغط الحاجة، و كنتيجة لذلك، أجمع الفقه على أنه لا بدمن إعادة النظر في هذا المبدأ، والحد من الإفراط في هاته الحرية، على ألا يعتبر ذلك تدخلا بقدر ما هو تنظيم جديد لها بشكل تصبح فيه هذه الحرية حقيقية و ليست صورية، و توفر المساواة و التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية

ونظرا للغلو الذي اتسم به المبدأ خلال مرحلة ازدهاره في القرنين الثامن عشر و التاسع عشر من تقديس لحرية الفرد، و رواج الحرية الاقتصادية بدون ضوابط، و اعتبار المجتمع مسخر لخدمته[1]، فإن المبدأ بدأ في التراجع كنتيجة للانتقادات اللاذعة منذ مطلع القرن العشرين، على إثر انتشار مذهب التضامن الاجتماعي[2]، وتغير الظروف و العوامل الاقتصادية و الاجتماعية، و هو ما دفع بأنصار المذهب الفردي إلى الاعتراف بالأزمة التي لحقت بالعقد.

---

[1]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص30.

[2]- وقد تعرض المبدأ أيضا للانتقاد لمخالفتها لمفهوم الكنسي له، فالكنسيون يرون بأن العقد الملزم هو العقد الذي يكون له سبب صحيح، ولا يكون ربويا و يحمي فيه الطرف الضعيف ، ولا ينطوي على الغبن.، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص25 ورضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.ص161-162.

وبالرجوع إلى الظروف التي مهدت لتراجع مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي انتكاس المبدأ، نجد أن هناك مجموعة من العوامل ساهمت كلها و لو بدرجات متفاوتة في التقليل من المبدأ و وضعه في إطاره الصحيح، و نزع الغلو و التقديس الذي لازمه خلال القرنين الثامن عشر و التاسع عشر.

ويتفق الفقهاء على أن هناك مجموعة من العوامل ساهمت كلها في إبراز المساوئ و الثغرات التي شابت المبدأ منذ وجوده، والتي جاءت كنتيجة للمستجدات الاجتماعية والاقتصادية و القانونية، و التي برزت بقوة منذ بداية القرن العشرين، مما أدى إلى انتكاس المبدأ (المطلب الأول) كما كان للانتقادات التي وجهت للمبادئ و الأسس التي قام عليها المبدأ الدور البارز في التحول في المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العوامل التي ساهمت في انتكاس مبدأ سلطان الإرادة

لقد ساهمت مجموعة من العوامل و المستجدات بقوة في زحزحة المكانة التي كان يحتلها مبدأ سلطان الإرادة، و بالتالي أصبح يأخذ حجمه الحقيقي الذي يحتله الآن، كبروز مذهب التضامن الاجتماعي(الفرع الأول)، ازدياد تدخل الدولة(الفرع الثاني)، مساوئ الحرية التعاقدية(الفرع الثالث)، التعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة(الفرع الرابع)، تغير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية (الفرع الخامس) و أخيرا توجيه العقد(الفرع السادس).

الفرع الأول: بروز مذهب التضامن الاجتماعي

يقوم هذا المبدأ على فكرة أن العقد ما هو إلا نظام اجتماعي يراد منه تحقيق التضامن الاجتماعي و ذلك عن طريق توجيهما للإدارة من سلطان إلى تحقيق هذا الغرض[1]، فالقانون يجب أن يقوم على أساس واقعي وعملي يستمد من المشاهدة والتجربة لا على أساس مثل عليا أو مبادئ فلسفية، لذلك ينبغي أن يستمد من المجتمع ذاته، فالإنسان ككائن اجتماعي لا يملك إلا أن يعيش في وسط اجتماعي متضامن مع غيره من

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص146.

الأفراد[1] بغرض إشباع حاجاته و متطلباته، فالجماعة لا تحيا إلا بالتضامن الاجتماعي الذي يقوم على المساواة بين الأفراد لكنه و بحكم تفاوت الأفراد، من حيث قدراتهم و كفاءتهم ينبغي التعاون فيما بينهم سواء بتقسيم العمل أو بتبادل الخدمات.

ومن أجل تحقيق هذا التضامن ، لا بدمن قواعد تنظم سلوك هؤلاء الأفراد، و التي يترتب على مخالفتها جزاء قانوني يتمثل في الإجبار على احترامها، على أن تتولى الدولة توقيعه على المخالف لها[2]، وهذه القواعد تستمد من الواقع الملموس، على أن تصاغ بشكل يؤدي إلى تحقيق هذا التضامن الذي هو أساس حياة الجماعة، لذلك كانت مصلحة الجماعة هي أساس القانون و الفرد مسخر لخدمتها.

فالحق ليس ميزة يتصرف بها الفرد وفق رغبته و مشيئته، بل هو سلطة منحتها الجماعة للفرد ليتمكن بها من أداء واجبه الذي تقتضيه مستلزمات التضامن الاجتماعي، فالحق يصبح وظيفة اجتماعية يخلقها لمشرع على ضوء مصلحة الجماعة دون النظر إلى المصالح الذاتية للأفراد، و الفرد ما هو إلا شخص مكلف باستعمال هذا الحق على وجه يحقق الصالح العام[3].

ويستمد هذا المبدأ مبادئه من الفيلسوف أوغست كانت، غير أن الذي صاغ المبدأ قانونا هو الفقيه ليون ديجي[4].

---

[1]– علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص144، عبد الحميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، القاعدة القانونية، ط 1، 2008، كلية الحقوق، بن عكنون، ص60، سيد صبري، التضامن الاجتماعي، مقال، مجلة القانون و الاقتصاد، العددان 2 و4سنة 2000، ص180، حسن كيرة، المرجع السابق، ص.ص.158، 542.

[2]– علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص145.

[3]– فتحي الدريني، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص.ص.45-66.

[4]– عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.60، عبد الهادي يونس، ماهية الحق في القانون الخاص، مقال، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، يونيه سنة 1964، فقرة 116،ص.465.

لقد برز التضامن الاجتماعي كوسيلة لحماية العامل من المخاطر التي كان يتعرض لها نهاية القرن التاسع عشر، حيث ظهرت تشريعات تنظم شروط العمل، و كيفية حماية العامل من مختلف الحوادث التي قد يتعرض لها[1] فازداد تدخل السلطة العامة باسم القانون الاجتماعي في العلاقات الخاصة.

لقد أصبح تدخل الدولة أمرا ضروريا من أجل إزالة الغبن عن الفئات الضعيفة من جهة و ازدهار المجتمع من جهة أخرى، لقد كاد العقد أن يصبح مركزا منظما[2] حيث أصبح يكتسي الصفة الاجتماعية أي التضامن الاجتماعي و الذي يستمد مصدره من المجتمع ذاته.

إن صور التضامن الاجتماعي قد تم تطبيقها من خلال النصوص التشريعية مثل قانون العمل و قانون التأمينات و منها نظرة المسيرة في القانون المدني، (المادة281 منه).

إن عدم المساواة فيما بين الأفراد لا يمكن جبرها بالعقد تحت مفهوم التضامن العقدي إن التضامن الاجتماعي يجب أن يستمد مبادئه من وجوب تدخل الدولة ذاتها لمنع كل إقصاء اجتماعي[3]، وينبغي أن يترجم هذا التدخل في شكل حق أساسي لا يمكن التنازل عنه، و هذا كنتيجة للتطورات الحديثة في مجال حماية الأفراد في المجتمع، لقد أصبحت الحماية المكرسة للعامل أو المستهلك بمقتضى النصوص القانونية الجديدة تحتل قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها تحت طائلة البطلان[4]، وبذلك أصبح يراعي في العلاقة العقدية الجانب الاقتصادي

---

[1]– فاضل خديجة، عميمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014–2015، ص152.
–JACQUES dangelot, l'inventiondu social essai sur le déclindes possions politiques, librairie arthéme fayard, paris, 1984, p 123.

[2]– فاضل خديجة، المرجع السابق، ص153.

[3]– فاضل خديجة، المرجع السابق، ص158.

[4]–المادة 39 من القانون رقم 90–11 المتعلق بعلاقات العمل " لكل عامل الحق في عطلة سنوية مدفوعة الأجر يمنحها إياه المستخدم وكل تنازل من العامل عن كل عطلته أو عن بعضها يعد باطلا و عديم الأثر".

و الاجتماعي أيضا، فالعقد لم يصبح اتفاق إرادتين فحسب، ولكن يتضمن أيضا وجوب احترام الضرورات الاجتماعية و الاقتصادية[1].

وقد أخذ على هذا المذهب تبريره وجود التشريع على أساس فكرة التضامن الاجتماعي، في حين أن الغرض من التشريع إنما هو إقامة العدل بين أفراد المجتمع، و الذي هو أساس القانون، كذلك يؤخذ على هذا المبدأ تركيزه على الكشف على الواقع الاجتماعي المجرد دون إعطاء الأهمية لما يجب أن يكون عليه أفراد هذا المجتمع، فيكون بذلك قد أغفل الجانب التقويمي للقاعدة القانونية، و عدم اعتداده بالمثل و المبادئ العليا والتي ينبغي أن يسترشد بها المجتمع للوصول إلى ما هو أفضل[2].

الفرع الثاني: ازدياد تدخل الدولة

لقد ظهر هذا المذهب كنتيجة لتطرف و غلو المذهب الفردي[3] و هو اتجاه يوسع من تدخل الدولة في مختلف نواحي الحياة الاجتماعية، و الاقتصادية من أجل تحقيق العدل التوزيعي و ذلك بالمساواة بين جميع المواطنين في المجتمع .

إن هذا التوجه أصبح هو السمة البارزة للتطور الذي بلغته المجتمعات الحديثة، فمنذ بداية القرن العشرين وقع تحول في مفهوم المبدأ حيث أصبح ينظر إلى الفرد بأنه كائن اجتماعي لا يعيش إلا في الجماعة ولا يسعد إلا بوجوده فيها، و لذلك فإن ما يتقرر له من حقوق و واجبات، إنما هو بصفته عضوا في هذه الجماعة و لا يمكنه أن يعيش بدونها وفي

---

[1]– حدى لالة أحمد، المرجع السابق، ص29،

–on doitmaintenir, le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue elle se heurteaux réalités, qui lui sont extérieurs et aux nécessites de l'organisation sociale, MALAURIEPH, ayneset Stofflet, MUNCK, droit civil des obligations, défrançais, Paris 02, édition, 2005, p358.

[2]– علي فيلالي، مقدمة القانون، المرجع السابق، ص ص146–147.

–سيد صبري، نظرية التضامن الاجتماعي، مقال، مجلة القانون و الاقتصاد، العددان الثالث والرابع، السنة العشرون، سنة 2000،ص175 وما بعدها

[3]– ابراهيم أبو النجا، أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، مقال بمجلة الشرطة، العدد 38، أكتوبر، 1988، المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر، ص.53.

سبيل تحقيق ذلك فإن دور القاضي ينبغي ألا يقتصر على مجرد تحديد الحقوق و الالتزامات و الحريات العامة، ولكن يجب أن يساهم بدور إيجابي في تنظيم مختلف مجالات الحياة.

ومن أجل ذلك انتكس مبدأ سلطان الإرادة نتيجة عوامل اقتصادية، حيث أصبحت الدولة تتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية في المجتمع، و أصبحت تقوم بتوجيه الاقتصاد، وبالتالي رفع الحيف عن الطرف الضعيف[1]، فالقانون لا يمكن اعتباره نظاما مستقلا عن الاقتصاد فيؤدي للقانون بذلك دورا إيجابيا في الميدان الاقتصادي، حيث تتدخل الدولة مباشرة في تنظيم العقود و الانتاج، و توزيع الأموال و الخدمات، و مراقبة الأسعار[2] و تحديد الإطار القانوني من خلال التدخلات و التدابير التشريعية الملائمة كما كان للعوامل السياسية أثرها الإيجابي في التأثير على الحريات الفردية، و ذلك عن طريق تقييد هاته الحريات لمنع إساءة الأفراد لها بالقدر الذي تراه الجماعة كفيلا بحماية هذه الحريات[3].

وفي المجال القانوني كان للمذهب الاجتماعي عن أثره البالغ في تكييف الحقوق التي للأفراد حيث أصبح للحق وظيفة اجتماعية.

فلم تصبح الملكية حقا مطلقا بل يجب على صاحبها ممارستها على نحو يحقق المنفعة العامة، و يراعي عند استعمالها حقوق الغير و عدم التعسف عند استعمالها.

لقد أصبح للقانون دور لا يكتفي فيه بحماية الأفراد و مساواتهم أمامه، بل أصبح يؤدي دورا إيجابيا تتحقق بموجبه المساواة الحقيقية بما تحقق العدالة التوزيعية حيث أصبح يراعي التفاوت في القدرات و الإمكانيات فيما بين الأفراد بغرض إقامة المساواة فيما بينهم بناء على هذه الاعتبارات .

---

[1]- وهو ما يسمى بعيممة العقد، publicisation du contrat، فاضل خديجة، المرجع السابق، ص237.

[2]- أمينة ناعمي، حقوق الامتياز في مسطرة صعوبات المقاولة، مقال، مجلة القصر، العدد السادس، السنة2003، المغرب، ص. ص 12-14.

[3]- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص54

لقد تدخلت الدولة من أجل ذلك بقواعد أمرة لا تجوز مخالفتها، و قد تجلى ذلك بقوة في بعض العقود كعقد العمل، و عقد الاستهلاك[1].

وفي مجال المسؤولية المدنية بالإضافة إلى قيامها على الخطأ الشخصي، ظهرت أسس جديدة تقيمها على أساس تحمل التبعة[2] كما فيعقد العمل.

وفي مجال الأسرة، و باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع، ينبغي للفرد أن يؤدي واجبه من خلالها من أجل تحقيق المصلحة العامة، و من واجب القانون التدخل في تنظيمها من أجل بلوغ هذا الهدف، فينظم القانون الزواج و الطلاق و تنظيم النسل و غيرها من المسائل المتعلقة بها.

و كنتيجة لما سبق، و من خلال المبادئ التي جاء بها المذهب الاجتماعي، نلاحظ أنّ هذا الأخير عجل بالإطاحة بالمذهب الفردي[3]وكشف عيوبه و مساوئه، ذلك أن المساواة القانونية وحدها لا تكفي لإقامة مجتمع عادل متى انعدمت عنه المساواة الفعلية بين الأفراد، وبأن التضامن الاجتماعي لا بد منه من أجل حماية كيان المجتمع و الجماعة ككل[4].

لذلك كان لا بد من تدخل الدولة للإشراف على المشاريع التي تحقق النفع العام، وتلبي الاحتياجات الضرورية التي ينأى الأفراد بمفردهم عن القيام بها، فمصلحة الجماعة تقتضي تقييد مصلحة الفرد من طرف المشرع بقواعد أمرة، و التي من شأنها أن تزيل التناقض بين المصلحتين[5].

---

[1]- J. Ghestin, l'utile et le juste dans les contrats, dalloz, 1982, p 2.

[2]– ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص54.

[3]– البشير الدحوتي، أثر التحولات الاقتصادية للعقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الدار البيضاء، 2003-2004، ص.ص12-14.

[4]– لكن ما يؤخذ على المذهب الاجتماعي تطرفه في تقديس الجماعة على حساب الفرد إلى حد إلغاء الملكية الفردية كما في المذهب الاشتراكي .

[5]– نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.27.

- l'état doit intervenir pour cette production de cette réparation soient fait au mieux des intérêts de la collectivité, ainsi l'état dirigiste a repris aux particuliers cette fonction

غير أن تدخل الدولة المطلق في جميع مناحي النشاط الاجتماعي قد يحقق لها السيطرة الكاملة مما قد يؤدي إلى الاستبداد وطغيان الحاكم على المحكوم، ولا شك أن مثل هذا التطرف سيؤدي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها بحكم أنه يقتل روح المبادرة ويفقد الأفراد حرية الانتاج و الابتكار[1].

الفرع الثالث: مساوئ الحرية التعاقدية

تنطوي الفلسفة الفردية على مبدأ الحرية التعاقدية، والتي تقضي بأن الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام خصوصا في العقد منها، فلا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، ولا يكسب حقا من عقد لم يشترك فيه[2].

والحرية بهذا المعنى قول لا أساس له من الصحة، وهو قول تكذبه الحقائق والمنطق، ذلك أن الإنسان يعيش في مجتمع، وينشأ عن ذلك علاقات والتزامات لا غنى عنها بين الأفراد، لأنه لا يمكن لأحد الاستغناء عن الآخرين، ولا عن الهيئات والجماعات التي ينتمي إليها كالأسرة والمجتمع ككل، كما يجب ألا تمس هذه الحرية غيرها من الحريات الأساسية، وبأن مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد، كما أن سلطة القانون هي التي تهيمن على العقد وليس العكس.

فمن غير الصحيح القول بأن كل ما هو عقدي يكون بالضرورة عادلا، وبوجوب ترك الحرية الكاملة للمتعاقدين في تحديد شروط العقد، وبوجوب احترام العقد مهما كانت الظروف الملابسة لإبرامه، ومهما كانت الظروف التي طرأت عند تنفيذه، فهذا القول يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين المتعاقدين، في حين أن المتعاقدين ليس كذلك لا من حيث الذكاء ولا

d'autonomie, Fathi Abderrahim Abdallah, les aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, études comparative, thèse, le Caire, 1974, p155.

[1]- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص155.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص.144.

من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفية، ولا من حيث المركز الاجتماعي[1]، والنتيجة أن الطرف القوي في هذه العلاقة هو الذي يفرض شروطه على الطرف الضعيف، وأفضل مثال على ذلك عقود الإذعان[2]، بل وقد يكون العقد عادلا عند الانعقاد لكن قد تطرأ ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد صعبا أو مرهقا إن لم يكن مستحيلا، فمن غير المنطق تحميل الطرف الضعيف عبء تنفيذ العقد بمثل ما اتفق عليه، ففي مثل هذه الحالة يكون العقد مخالفا للعدل وليس معبرا عنه[3].

أما الإدعاء بان الفرد هو أفضل من يدافع على حقوقه ومصالحه، فهو قول مبالغ فيه أيضا، فبحكم اللاتوازن والتفاوت في الذكاء والثراء والمعرفة والخبرة، فإن الدفاع عن الحقوق والمصالح الشخصية لدى التعاقد هو أمر نسبي يختلف من شخص لآخر، والقانون المدني يؤكد هذه الحقيقة من خلال اعتبار العوارض التي تصيب العقل كالجنون والعته وصغر السن بأنها تعدم الأهلية، وبأن السفه والغفلة تنقص من الأهلية، بل أن شرط العلم بالمبيع أصبح يستوجب على البائع تمكين المشتري من العلم به، أي تبصير المشتري بالمواصفات التي يحتويه المبيع (المادة 352 مدني)، ولو كان المتعاقد أفضل من يدافع عن مصالحه لما أفرد المشرع نصوصا تحميه من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه و كذا من الشروط التعسفية المصاحبة للعقد، كما أنه لو كان الشخص أفضل مدافع عن حقوقه ومصالحه لما تدخل المشرع لوضع قيود وضوابط تمس العملية التعاقدية منذ انعقادها إلى حين تنفيذها، سواء تعلق الأمر بأركان العقد أو شروط هذه الأركان أو بكيفية تنفيذ العقد، بالإضافة إلى تدخل القاضي في تفسير العقد وفي تطويع العقد وفي تعديل الالتزام كما في نظرية الظروف الطارئة، أو في تعديل الشرط الجزائي، أو في وقف تنفيذ العقد[4]، ومنها أيضا قيود أخرى

---

[1]- رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.160.

[2]- أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.56، أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.55.

[3]-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ص.164، 165.

[4]- حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص.44 فما بعد.

كالنظام العام بمختلف أنواعه حيث تعددت صور النظام العام فأصبحت أنظمة عامة[1]، وهي كلها أصبحت قيود من شأنها أن تثبت محدودية مبدأ أن كل فرد هو أفضل من يدافع على حقوقه ومصالحه.

وإلى جانب ما سبق، هناك من أنصار مبدأ سلطان الإرادة من يدعي بأن الحرية العقدية من شأنها أن تخدم المصلحة العامة، وهو ادعاء مردود عليه، حيث أن الحرية العقدية بالشكل المطروح من طرف أنصار المذهب الفردي، قد يؤدي تحت ضغط الحاجة والضرورة إلى قبول الطرف الضعيف بالشروط التعسفية والجائرة، وهو ظلم من شأنه أن يشكل عاملا قد يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، فيصبح سببا لحدوث اضطرابات اجتماعية خطيرة، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بفئات عريضة من أفراد المجتمع والتي تكون ضحية للظلم أو التعسف[2].

وأخيرا فإن الإدعاء بوجوب احترام الإرادة عند تنفيذ العقد، قد يؤدي هو الآخر إلى نتائج مؤسفة هو الآخر، فحتى ولو وقف المتعاقدان على قدم المساواة لدى إبرام العقد، فإن العقد الذي نشأ عادلا قد يصبح غير عادل عند التنفيذ[3]، وذلك بفعل التغيرات التي قد تحدث في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه، فالمنطق والعدل يقضي بوجوب تدخل المشرع وكذا القاضي في العقود الزمنية، والتي قد تتسبب فيها التغيرات والظروف الطارئة في هدم التوازن العقدي وذلك بوجوب إعادة النظر في محتوى الالتزامات التي رتبتها هذه العقود ومراجعتها بشكل يحقق التوازن العقدي في الأداءات بين الطرفين[4]، والسبب في كل ذلك هو أن المتعاقد

1- أنظر صور هذه الانظمة المستحدثة والتي تتمثل في النظام العام الشامل التقليدي الذي انبثقت عنه صور أخرى كالنظام العام الاقتصادي ومحاور النظام العام الاجتماعي والنظام العام الموجه والنظام العام الحمائي وغيره من النماذج الأخرى، والتي كانت موضوع الملتقى الدولي حول "التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 7، 8 ماي 2014. الموقع: www.univ-bejaia.dz

2- أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.63.

3- أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص.56.

4- « …respecter la force obligation du contrat peut s'avérer injuste, la force obligation de vait être bornée par le solidarisme contractuel, ou encore la théorie social du contact, le

لن يكون في إمكانه توقع ما قد يطرأ من حوادث مفاجئة أو تغيرات، والتي من شأنها أن تخل بالتوازن العقدي.

كما أن من نقائص الحرية التعاقدية أن الاحتياج وضعف الخبرة في حد ذاتها لا تعتبر عيوبا في حد ذاتها طالما كان المتعاقد الضعيف في حاجة ماسة للشيء محل التعاقد، لذلك فإن التطبيق الصارم لمبدأ وجوب احتراما لإرادة عند التنفيذ في مثل هذه الظروف هو أمر ينافي العدل إن لم يكن هو الظلم بعينه[1].

إن أي تشريع يقوم على مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد بقيود لن يكون كافيا لمقاومة استغلا لأحد المتعاقدين لضعف خبرات و قدرات الطرف الآخر لأن مقياس التوازن العقدي في ضوء مبدأ سلطان الإرادة لا يتم خارج العقد و لا يتم من خلال مقياس موضوعي، وإنما يقاس داخليا بمعيار شخصي طالما أن إرادة المتعاقد هي التي تحدد عدالة العقد[2].

لقد كانت هاته الحرية تستمد مبادئها من وجوب إزالة كل القيود، سواء لدى إبرام العقد أو لدى تنفيذه[3] وبأن الإرادة هي وحدها أساس القوة الملزمة للعقد، وأنها تقيد المشرع أيضا

---

rejet contemporain de cette théorie serait à l'origine d'une nouvelle crise du contrat,…en pratique, cette théorie réclame un interventionnisme judiciaire accru… », Malaurie ph, aynes1, et stoffel, munck ph, op, cit, P.359.

حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص.30 في الهامش.

[1]– أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص62، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص 27.

Philippe (Denis m), Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, 1986, p 67.

[2]–G. ROUBERT, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1966, n°176,

–حسين عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص62.

[3]– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص464، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص66، و رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص126.

في وجوب احترامها من منطلق أن الشخص عندما يكون حرا فإنه يسعى إلى تحقيق مصالحه، و أن إرادته لن تتجه إلى ما يلحق الضرر به نتيجة لهاته الحرية.

إن هذا التصور المثالي تكذبه الحقائق، فبحكم عدم مساواة الأشخاص في القوة الاقتصادية أو في المراكز الاجتماعية، فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى عدم التوازن العقدي.

لقد أدى هذا التصور المطلق للحرية الاقتصادية، خصوصا بعد قيام الثورة الصناعية، إلى إطلاق العنان للإرادة، فكان نتيجة ذلك تكديس الثروة لدى طبقة البورجوازيين باسم الحرية التعاقدية، فأصبحت هذه الحرية وسيلة مثالية للسلب والنهب منها إلى المساواة والعدالة.

ولقد ساهم ذلك في إذكاء الحروب الصليبية و في نهب ثروات الشعوب المستعمرة و استغلالها باسم حرية تبادل السلع والخدمات[1].

كما أن القول بأن الحرية التعاقدية تحقق التوازن الاقتصادي عن طريق العرض والطلب، هو قول مردود عليه، فالفرد يتجه بطبيعته إلى الأنشطة التي تدر عليه ربحا و عائدا أكبر وبأقل التكاليف حتى ولو لم تكن هذه الأنشطة في صالح المجتمع ، فتفقد الحرية التعاقدية حينئذ وظيفتها الاجتماعية.

و النتيجة من كل ما سبق أن المبادئ و الأسس التي استند إليها أنصار مبدأ سلطان الإرادة عند نشوئه، برهنت بما لا يدع مجالا للشك، مدى هشاشة هذه المبادئ و الأسس الفلسفية منها أو الاقتصادية.

لقد برهنت التطورات اللاحقة، و ظهور المبادئ الاجتماعية، و تطور وظيفة الدولة، أن الإرادة إنما تستند قوتها من القانون وليس من ذاتها، و أن الحرية العقدية لا تعني حتما

[1]–اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص51.

أنا لإرادة مستقلة[1]، ذلك أن قيمة الالتزام العقدي إنما تأتي من القانون الذي يصنع له الإطار المناسب و يرسم له الحدود[2].

الفرع الرابع: التعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة

لعل ما يؤخذ عليه المذهب الفردي بقوة، هو تقديسه للفرد بدعوى أن ما يكون في صالح الفرد هو في صالح الجماعة، أو بأن الصالح العام ما هو إلا حصيلة مجموع المصالح الفردية، وهو افتراض خاطئ، لأن الواقع لا يؤيد ذلك، فالكثير من المصالح العامة لا يفكر فيها الأفراد، إما لعجزهم في النهوض بها، كالمشروعات الكبرى، وكمرافق التعليم والصحة إلخ.. وإما لأنها لا تحقق لهم الربح الوفير، ومن هنا ينشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة، الشيء الذي ينفيه أنصار المذهب الفردي[3].

فقد غالى أنصار هذا المبدأ في إطلاق الحقوق والحريات للفرد، بدعوى أنها حقوق طبيعية نشأت بنشوئه، وهو تصور خاطئ، فالفرد لا وجود له إلا في وسط اجتماعي يعيش فيه، كما أن الحقوق لا توجد إلا حيث توجد هذه الروابط الاجتماعية، فالمذهب الفردي لا يقيم أي اعتبار للأخلاق أو المصلحة العامة، فمحوره الذات أو الأنا، ولا شيء غير ذلك، ولهذا فإن مصلحة الفرد والحال هذه، لا يمكن أن تحقق المصلحة العامة.

لذلك كان لا بد من تدخل الدولة للإشراف على المشاريع التي تحقق النفع العام، وتلبي الاحتياجات الضرورية والتي ينأى الأفراد عن القيام بها[4]، فمصلحة الجماعة تقتضي

---

[1]- اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص51.

[2]- MARTY (gabriel) et RAYNAUD (pierre), op. cit, p 33.

Starck (boris) op. cit, p8.

[3]- عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، بدون مكان و تاريخ نشر، ص.37.

[4]- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.ص.42- 43.

تقييد مصلحة الفرد من طرف المشرع بقواعد آمرة، والتي من شأنها أن تزيل التناقض بين المصلحتين[1].

الفرع الخامس: تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية

إذا كانت العوامل الاقتصادية هي التي كانت الدافع الرئيسي وراء انتشار المذهب الفردي وازدهار مبدأ سلطان الإرادة خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فإن هذه العوامل هي نفسها التي أدت إلى انكماش المبدأ، خصوصا مع ظهور الصناعات الكبرى، ورؤوس الأموال الضخمة، وتشغيل فئات كبيرة من العمال، والتي انتظمت فيما بعد في إطار طوائف مهنية ونقابات عمالية، والتي أصبحت تدافع عن مصالحها من جراء اختلال التوازن الاقتصادي الفادح، وهو الذي مهد لاحقا لانحسار المذهب الفردي وانتكاس مبدأ سلطان الإرادة[2].

ولقد كان هذا نتيجة لإفراط أنصار المذهب الفردي في إطلاق العنان للإرادة، وتسلطها وعدم احترامها لمبادئ العدل والتعاون والتكافل الاجتماعي، والنتيجة أن إرادة الطرف القوي هي التي تفرض رأيها في أي مفاوضات بين الطرفين المتعاقدين، وهي التي تفرض شروطها على الطرف الضعيف.

وكنتيجة لكل ما سبق، فإن أي اتفاق ينشأ بين الطرفين لا يعبر بالضرورة عن الرضا والاقتناع، بقدر ما يعبر عن السيطرة والاستغلال.

وإلى جانب الاعتبارات الاقتصادية، برزت عوامل اجتماعية أصبحت تفرض نفسها نتيجة هذا التفاوت الصارخ في العلاقات التعاقدية[3]، و تتمثل في وجوب استتباب النظام والأمن داخل المجتمع، ووجوب استقرار المعاملات من أجل تحقيق التضامن الاجتماعي.

---

[1]- نسرين أبادر، المرجع السابق، ص.27.

[2]-عبد الرزاق السنهوري، الالتزامات، المرجع السابق، ص.146.

[3]-عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة،1974، ص.45.

ولقد كان لهذه العوامل المختلفة الأثر البالغ في الحد من المبدأ وتراجعه عما كان عليه في السابق، فلم يعد مطلقا، بل أصبح مقيدا نتيجة القيود التي أصبحت تحد منه[1]، وأصبحت القوانين المدنية المقارنة لا تأخذ بمفهوم المذهب الفردي على إطلاقه، بل حاولت مسايرة التطورات المعاصرة، فلقد ظهرت الأفكار الاجتماعية، والتي أصبحت تنادي بضرورة تدخل الدولة عن طريق نصوص القانون لتنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم تنظيما لا يترك مجالا كبيرا للحرية.

وفي سبيل ذلك نادت الأفكار الاشتراكية بوجوب الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد[2]، فمصلحة الجماعة تقتضي منع تسلط الطرف القوي على الطرف الضعيف في التعاقد، فالعامل وصاحب العمل كلاهما يملك الإرادة الحرة، والمؤجر والمستأجر أيضا، إلا أنهما ليسا على قدم المساواة، فأحدهما طرف قوي والآخر ضعيف، ومن أجل ذلك يتعين تقييد إرادة الطرف القوي.

وأين المساواة بين البائع الذي يعرف كل شيء عن المبيع، ويتعمد إخفاء النقائص والعيوب التي به على المشتري الذي يجهل كل شيء عن المبيع؟[3].

والمبدأ نفسه فيما يتعلق بالعقود التي تبرم بين الشركات الاحتكارية وجمهور المستهلكين، فهذه الفئة الأخيرة ليس بإمكانها مناقشة شروط العقد.

---

[1]– (M) Planiol et (G) Ripert, traité pratique de droit civil français, tome 6 obligations 1ère partie par (P) Esmein. 2ème édition. L.G.D.J, Paris, 1952, P.130.

أنظر أيضا حياة أدغوغي، المرجع السابق، ص. ص .93– 94.

[2]– وقد تمثلت أفكار المذهب الاجتماعي "في إنكار الدور المبالغ فيه الذي نادى به أنصار المذهب الفردي، ويرون بأن للإرادة دور متواضع في إنشاء التصرفات القانونية، وبأن الإرادة ليست المصدر الوحيد للالتزام، وأنها ليست إلا وسيلة لتحقيق غاية تخضع لقيود ترتبط بمصلحة المجتمع منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج.1، مصادر الالتزام، ط.1، 1991، ص.42، بدون مكان نشر.

أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963، ص.ص.44– 45.

[3]–أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص.54.

وأحيانا قد يحتكر طرف سلعة ما أو خدمة كشركات المياه والكهرباء، ويكون الطرف الآخر في حاجة إلى هذه الخدمة أو السلعة، فيقع ضحية ما يمليه عليه الطرف المحتكر بدافع الحاجة.

كما أنه ومن الناحية الاجتماعية، لم يعد مسموحا للأفراد إدراج اتفاقاتهم بنودا من شأنها أن تخالف النظام العام والآداب العامة، أو مقتضيات المصالح الإقتصادية أو الإجتماعية[1]، بل وقد يجبر القانون الفرد على إبرام عقد ما أو يمنعه من التعاقد[2]، كما في عقد التأمين، وكما في منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها، والتي تدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فيها (المادة 402، 403 مدني).

كذلك قد يتدخل القانون ليفرض مضمون بعض الالتزامات العقدية، كما يمنع الأفراد من إنهاء هذه الإتفاقيات بمحض إرادتهم أو تعديلها، حيث يتدخل المشرع ليضع تنظيما لها، ولا يسمح فيها بالتعديل أو الإنهاء لما لها من تأثير بالغ على فئة معينة من الأفراد، فالصالح العام يقتضي إقامة مساواة بين المتعاقدين لمنع تحكم فئة معينة، لما لها من قوة اقتصادية ومالية، ومثال ذلك التسعير الجبري لبعض المواد وتحديد شروط عقد العمل[3].

---

[1]–همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، لإسكندرية، 1986، ص.231.

[2]–رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري و اللبناني، الدار الجامعية، 1984، ص.27.

[3]– عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص.364.

المرسوم التنفيذي 94- 96، المؤرخ في 19 مارس 1994 والمتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج.ر، عدد 17، المؤرخ في 30 مارس 1994.

المرسوم التنفيذي 95- 119 المؤرخ في 26 أفريل 1995، المتضمن السلع والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، ج.ر، العدد 25 المؤرخ في 3 ماي 1995.

المرسوم التنفيذي 96- 31 المؤرخ في 15 جانفي 1996، المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، ج.ر، العدد 4 المؤرخ في 17 يناير 1996.

المرسوم التنفيذي 96- 35 المؤرخ في 15 يناير 1996، المتعلق بتعيين نسبة الإيجار التي تنطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج.ر، عدد 4 المؤرخ في 17 يناير 1996.

ومن خلال هذه التطورات لم يعد العقد مجرد اتفاق إرادتين فحسب، بل أصبح وسيلة لتحقيق البرامج الاقتصادية والأهداف الاجتماعية حتى قيل بأن العقد يكاد يصبح عقد موجها كنتيجة لهذا التدخل[1].

لقد كان للعوامل الاقتصادية الأثر البالغ في انتصار مبدأ سلطان الإرادة، مما أدى إلى اختلال التوازن بين الوحدات الانتاجية الكبيرة و الفئات العمالية، والتي أصبحت تنادي بوجوب مراجعة العلاقة بين رجل الاقتصاد و العامل، و هذا ما دفع بالمشرع إلى وضع سياسية معينة لتوجيها اقتصادي راعى فيها التوازن المطلوب بين الاقتصاد والعقد.

لقد أدت هاته المتغيرات إلى عدم فعالية المبدأ في ظل هذا التحول مما تمخض عنهما يسمى بأزمة العقد، و التي أصبحت تفرض على المشرع التدخل أكثر من أجل توجيه العقد، و ضمان استقرار المعاملات انسجاما مع التحولات الاقتصادية[2].

فالمبدأ يجب أن ينسجم مع التحولات الاقتصادية و السياسة الجديدة في التعاقد، كالتعاقد عن طريق الانترنت، و عقد الائتمان الإيجاري و غيره، كما ظهرت مصطلحات اقتصادية مثل الاستهلاك، المنافسة، المبادلات، الاستثمار، التجارة الدولية، ... إلخ كما ظهرت العقود الإلزامية بقوة القانون[3]،مما دفع بالمشرع إلى مواجهة هذه التحولات الاقتصادية في العقد بأن أصدر مجموعة من القوانين ساهمت في وضع آليات جديدة لتأطير العلاقة العقدية كقانون حماية المستهلك، وقانون العمل، وقانون المنافسة.

الأمر 97- 03 المؤرخ في 11 يناير 1997، الذي يحدد المدة القانونية للعمل، ج.ر، عدد 43 المؤرخ في 10 يوليو 1996.

المرسوم الرئاسي 2000- 392 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000، المتعلق بالحد الأدنى للأجر المضمون، ج.ر. عدد 75 المؤرخ في 10 ديسمبر 2000.

[1]-أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، ط.2، 1954، بدون مكان نشر، ص.45. عبد الرزاق السنهوري، الالتزامات، المرجع السابق، ص.149.

[2]-أمينة ناعمي، المرجع السابق،ص117.

[3]-البشير دحوتي، المرجع السابق، ص30.

وبالإضافة لما سبق، فقد ضمن المشرع النصوص القانونية المنظمة للعقد بقواعد أخرى ملزمة بعد أن كانت تقتصر على قواعد مكملة، كما تكفل بحماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية، بقصد إقامة التوازن العقدي مما أدى ذلك كله إلى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع السادس: توجيه العقد

نظرا للواقع الاجتماعي و الاقتصادي الذي أصبح يفرض ضرورة تدخل الدولة من أجل تحقيق الغايات الاقتصادية و الاجتماعية و التي أصبحت تفرضها الظروف الجديدة، كان لا بدمن تدخل الدولة من أجل توجيه العقد، فالمبدأ الذي ساد في القرن الثامن عشر فيما يخص الحرية التعاقدية و مبدأ سلطان الإرادة لم يعدله وجود في ظل ما أفرزه من مساوئ لا حصر لها، مما استوجب على المشرع التدخل لحماية الطرف الضعيف بقواعد قانونية آمرة تحت طائلة العقوبات عند الاخلال بها[1].

لقد أصبح العقد يوجه الاقتصاد بما يخدم التنمية و التوازن والمساواة، والتيهي حقوق للأفراد و وسيلة لتحقيق الأهداف المسطرة من قبل الدولة.

لقد أفرز التطور الاقتصادي الحديث و الإنتاج الكبير للسلع و الخدمات وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة أن أحدث شرخا واسعا بين المتعاملين الاقتصاديين و المستهلكين، فأدى ذلك إلى احتكار قانوني و فعلي للسلع و الخدمات يملي فيها الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف، فظهرت عقود الإذعان و ما تضمنته من شروط تعسفية، و ظهرت العقود النموذجية، و التي تنعدم فيها المساواة، فظهر ما يسمى بأزمة العقد، وأصبح لزاما على المشرع التدخل من أجل التخفيف من أثر كل ذلك على الطرف الضعيف و من أجل استقرار المعاملات.

---

[1]-الحسين بلحساني، قانون المنافسة و حرية الأسعار بين المؤثرات الخارجية و الإكراهات الداخلية، أشغال ندوة العلاقات التجارية و تنافسية المقاولات المغربي و المغاربي، طنجة 2001، ص39- 40.

لقد أصبح من الضروري تصحيح هذا الخلل في النظام التعاقدي وفقا لهاته التحولات الاقتصادية، فالعقد ينبغي أن يقوم على مبدأي حسن النية و التعاون في التعامل، و التي ينبغي توافرها في العلاقة العقدية خصوصا مع كثرة العقود من حيث الكم و تنوعها من حيث الكيف.

وقد تدخل المشرع لتنظيم بعض القيود لأهميتها البالغة كالعقود المسماة، كما تضمنت الكثير منها قواعد آمرة، وظهرت العقود الإلزامية كعقد التأمين، كما ظهرت العقود المؤطرة كعقد العمل، و عقد الاستهلاك، و تطورت الآليات التشريعية من أجل مواجهة الصعوبات و التحديات الاقتصادية[1].

لقد أدى كل هذا التدخل من طرف المشرع إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة نتيجة توجيه العقد و أصبحت حرية التعاقد تكاد تختفي كنتيجة لهاته التدخلات.

لقد أصبح قيام العقد أو إنهاؤه يستند إلى مثل هذه الاعتبارات المختلفة من أجل تحقيق الأهداف المتوخاة من هذه العقود، ألا وهي تحقيق الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية المسطرة، وإقامة المساواة الفعلية بين المتعاقدين، والتوازن العقدي، ولم يصبح النظام العام و الأداب القيد الوحيد على حرية التعاقد، و إنما برزت عوامل أخرى، و هي كثيرة لتحد من المبدأ بما يكفل العدالة و التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، وقد استجاب المشرع لذلك من خلال المادة1/107مدني والتي تنص: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه...، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[2].

[1]-حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص45.

[2]-و تقابل المادة 1135 مدني فرنسي.

ولقد أدى تدهور مبدأ سلطان الإرادة نتيجة التطور الاجتماعي و الاقتصادي و السياسي في المجتمع أن برزت خصائص جديدة للعلاقات التعاقدية تستجيب لهذه التطورات في النظام التعاقدي.

فإذا كانت نصوص القانون المدني إلى وقت مضى تقتصر على استكمال بنود العقد المبرم بين المتعاقدين بواسطة قواعد مكملة في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه قد أصبح من الضروري إعادة النظر في النظام القانوني الذي يحكم العقود[1] ابتداءا من مرحلة المفاوضات إلى حين تنفيذ العقد، لقد أصبح من غير الممكن الاكتفاء بمبدأ سلطان الإرادة لحكم العلاقة العقدية على النحو الذي كان معمولا به في السابق، كل ذلك سنستعرضه بالتفصيل في حينه ضمن الباب الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثاني: الانتقادات التي مست مبدأ سلطان الإرادة والتحول في مفهوم المبدأ

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد بلغ ذروته وازدهاره في القرن التاسع عشر مع رواج المذهب الفردي والحرية الاقتصادية، إلا أنه، وبفعل تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية، سرعان ما تراجع خصوصا بعد ظهور الصناعات الكبرى والشركات الضخمة، وظهور طبقة الرأسماليين وطبقة العمال وفئات المستهلكين، فأصبحت وظيفة العقد من المهام الجديدة للدولة، فزاد اهتمام هذه الأخيرة بالجانب الاقتصادي والاجتماعي، وذلك بتقييد الإرادة الفردية لدى التعاقد من جوانب مختلفة، حتى أصبح يعبر عن ذلك بفكرة "عيممة العقد" "Publicisation du contrat"[2].

---

[1]–حسن عبدالباسط جميعي، المرجع السابق، ص98

– CARBONNIER (J) flexible de droit, 1976, p216.

[2]– وفي هذا المعنى يرى علي فيلالي أن "العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، وقد يحل القانون –و لو جزئيا– محل إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، وقد يستغني المشرع في بعض الأحيان عن فكرة العقد تماما"، علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص52، فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 3 فما بعد.

ومن جهة أخرى توسع التعامل بالعقد ليشمل أشخاص القانون العام أيضا في مختلف تعاملاتهم لما يوفره العقد من محاسن ومزايا بهدف تحقيق الصالح العام[1].

وكنتيجة لما سبق، فلقد أدى تطور مفهوم العقد إلى تدخل الدولة من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية نظرا لما يمثله العقد من أهمية بالغة في تحقيق الصالح العام "Socialisation du contrat"[2].

كما أدت المبالغة في الرفع من قيمة مبدأ سلطان الإرادة، والغلو في إبراز محاسنه، وما يرتبه من آثار، أن تعرض لهجوم كاسح منذ مطلع القرن العشرين[3]، فشهد الكثير من الانتقادات التي مست مجمل الأفكار والمبادئ والأسس التي قام عليها(الفرع الأول)، فأدى ذلك إلى التحول في المبدأ وتراجعه لمصلحة أفكار أخرى جديدة، تقيم العقد على أسس من العدالة والتضامن الاجتماعي[4]، وبالتالي بداية التحول في المبدأ و الحد منه بشكل كبير، لكن مع الاحتفاظ به في أطر قانونية محددة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الانتقادات التي مست مبدأ سلطان الإرادة

لقد تبين زيف المبادئ والحجج التي قام عليها المبدأ سواء ما تعلق منها بالأسس الفلسفية، كمبادئ القانون الطبيعي، ونظرية العقد الاجتماعي، وكذا أفكار الفلاسفة، أو بالظروف الاقتصادية التي مهدت لظهور المبدأ[5].

---

[1]-علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص52.

[2]- وهو ما يعبر عنه بمصطلح "جميعة العقد" "Socialisation du contrat" ، علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص53، نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 19 فما بعد،

ANDRE BARREYRE, l'évolution et la crise du contrat, thèse université de Bordeaux, 1937, p27.

[3]-محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص89.

[4]-حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص.20.

[5]-فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، قصر الكتاب (بدون تاريخ و مكان نشر)، ص.42.

لقد كان من مبادئ المذهب الفردي لدى انتشاره الإعلاء من قيمة الفرد كما رأينا، ولو على حساب الجماعة، وقد مهد ذلك إلى قيام الثورة الفرنسية، والتي كان من بين مبادئها إطلاق حرية الأفراد، وقيام الحكم الديمقراطي، والأخذ بمبدأ المساواة بين الأفراد[1] وهو المبدأ الذي تجسد في أغلب الدساتير الحديثة، كما تجسد ذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الثورة الفرنسية سنة 1789.

لكن ورغم هذه المزايا، إلا أن العيوب التي صاحبت المذهب الفردي سواء في مبادئه أو في نتائجه كانت أسوأ من تلك المزايا.

فمن حيث مبادئه، فإن القول بوجود حقوق طبيعية للفرد سابقة على قيام المجتمع بمعزل عن الجماعة لا يمكن تقبله، لأن الإنسان كائن اجتماعي ولا وجود له إلا في جماعة، و بالتالي فهو لا يتمتع بالحقوق إلا ضمن هذه الجماعة[2]، لذلك فإن القول بوجود حقوق طبيعية سابقة لقيام الجماعة هو قول لا أساس له من المنطق، كما أن فكرة العقد الاجتماعي لا تمت إلى الواقع بأية صلة فأين هذا الاتفاق الذي ينقلهم من الحياة البدائية إلى الحياة في المجتمع؟

كما أن المبدأ معيب من حيث نتائجه، حيث أن المبدأ بالغ كثيرا في تقرير الحقوق والحريات، بل وقد تطرف في تقديس الفرد على حساب الجماعة ولم يحاول التوفيق بينهما[3].

ولذلك جاءت نتائجه معيبة لهذا السبب، كما أن دور الدولة، وبغض النظر عن المذهب الذي تعتنقه، لا يمكن القول بأنه مجرد حماية لحقوق الأفراد فحسب، وبأن الصالح

---

[1]- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.42، المادة 32 من الدستور والتي تنص " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط، أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.

إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص.52.

[2]- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص.52.

[3]- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص.52.

العام لا يتحقق إلا بمجموع هاته الحقوق، فلم يحدث أن التزمت أية دولة بهذا المبدأ السلبي مهما كان تأثرها بالمذهب الفردي، فكل الدول بدون استثناء تؤدي دورا إيجابيا في تحقيق رفاهية شعوبها عن طريق توفير الخدمات لهم كالتعليم والصحة وغيرها من وسائل العيش الكريم.

لقد ثبت من خلال دراسة تاريخ المجتمعات، أن المجتمع لم يكن مجرد تجمع لعدد معين من الأفراد فحسب، بل كان يقوم بدور توفير المصالح والتكفل بتحقيق كل ما هو في صالح الجماعة وتحقيق المساواة وتوفير الفرص للجميع وكذا التحمل بالأعباء التي لا يستطيع الأفراد القيام بها، ومن ثم فليس صحيحا أن تحقيق المصالح الفردية يؤدي بالضرورة إلى تحقيق الصالح العام، فالإرادة الفردية لا يمكن أن تحقق العدالة التعاقدية بل العكس.

فالعدالة التبادلية تقتضي التعامل مع الأفراد على قدم المساواة، وعلى قدر ما يستحقه كل فرد، وبحسب مكانته في المجتمع[1]، فأصبح من الضروري بسط الحماية لكل فئة من أفراد المجتمع حسب مكانتهم ومدى تأثيرهم وتأثرهم في ذلك المجتمع، كفئة العمال والمستهلكين، وهو يقابل العدالة التوزيعية، والتي تقوم على أساس تحديد مجموع الحقوق والواجبات الخاصة بكل فرد تجاه المجتمع، وهي عدالة تقتضي تحمل كل فرد حصته من الأعباء بقدر ما يحصل عليه من حقوق داخل المجتمع[2].

---

[1]- مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد، دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، المغرب، السنة 2004- 2005، ص.179.

[2]- مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص.180.

Sève (R.) : Justice distributive, in encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques, dictionnaire, 1er édition P.U.F, 1990, P.675.

Perelman (Chaim) : Ethique et droit, éditions de l'université de Bruxelles, 1990, p 19 et P.31

Sève (R.) : op.cit, P.676.

فإطلاق الحرية الفردية في ظل المنافسة الحرة أدى إلى تكدس رؤوس الأموال في يد فئة قليلة تستغل بموجبها فئة عريضة من الأفراد وتحتكر كل الامتيازات على حساب الفئة الضعيفة، الأمر الذي أدى إلى الاختلال في التوازن بين الأفراد، فأدى ذلك بدوره إلى الإخلال بالعدالة التبادلية.

لقد أدت الحرية المفرطة للمذهب الفردي، وعدم التعادل في العلاقة العقدية إلى أن أصبح مبدأ سلطان الإرادة و"العقد شريعة المتعاقدين" أداة في يد الطرف القوي لإملاء شروطه على الطرف الضعيف، فنجم عن ذلك ظهور عقود إذعان بشروط تعسفية، وظهور شركات تتعاقد مع جمهور المستهلكين والعمال بصورة تنعدم فيها حرية مناقشة بنود هاته العقود من جانب الطرف الضعيف في العقد، كما ظهرت الملكية المطلقة بدون قيود على سلطات المالك.

ولإبراز زيف وعدم نجاعة مبادئ وأسس مبدأ سلطان الإرادة نستعرض فيما يلي مجمل الانتقادات التي مست المبدأ .

أولا: نقد القانون الطبيعي كأساس للمبدأ

لقد نشأ مبدأ سلطان الإرادة على مجموعة من المبادئ والأسس، ومن بين هذه المبادئ القانون الطبيعي، والذي كان مؤداه أن للإنسان حرية وحقوق شخصية سابقة لوجوده، أقرها له القانون الطبيعي، وهي تعلو على سلطان القانون، وهي أساس تنظيم المجتمع، ومن ثم فلا يجوز تقييدها لأنها حق مقدس، وبأن العقد أساسه هذه الحرية، بل وأن القانون ذاته هو أيضا نتاج هذه الحرية.

والواقع فإن المبالغة في تقديس هذه الحرية، أظهر في الواقع خطأ هذه الافتراضات، وفي ذلك يرى الفقهاء أن الإنسان كائن اجتماعي، ومدني بطبعه، وأنه لا سبيل له للعيش وتحقيق مصالحه إلا في كنف الجماعة، وبناءا عليه فإن ما يتمتع به من حقوق هي في

الواقع من نتائج كونه عضوا في هذه الجماعة التي يعيش في كنفها بمعية غيره من الأفراد، وليس باعتباره فردا منعزلا[1].

كما أن الإدعاء بوجود حقوق طبيعية تولد مع الفرد، وسابقة في وجودها المجتمع الذي يعيش فيه الفرد، هو قول يتجاهل المجتمع الذي يعيش فيه هذا الفرد، كما أنه يعلي من قيمة هذا الفرد على حساب قيمة المجتمع ذاته، ويتجاهل القانون الذي يسير عليه هذا المجتمع.

فالشخص إنما يستمد حقوقه الشخصية من هذا المجتمع الذي يعيش فيه، وما إرادته في الواقع سوى انعكاس للمبادئ والأسس و كذا المعتقدات التي يقوم عليها هذا المجتمع، وبأن الدور الذي ينبغي أن يؤديه الفرد، إنما هو تنفيذ لمهمة معينة، وما إرادته إلا وسيلة لتحقيق هذه المهمة، وهي تهدف مع مجموع الإرادات الأخرى إلى تحقيق المصلحة العامة.

إضافة لما سبق ذكره، فإن مبدأ سلطان الإرادة ينبغي ألا يكون له أثر ملزم إلا إذا استمد قوته من القانون الذي يحكم الجماعة، وأن يتوافق مع المبادئ الاقتصادية والاجتماعية، وكذا الأهداف التي يصبو المجتمع إلى تحقيقها[2]، فالقانون هو أساس القوة الملزمة للعقد، فهو الذي يعترف للإرادة بالأثر الذي ترتبه، وليس للإرادة أية قيمة ما لم تصدر وفق المبادئ والأطر التي يرسمها لها القانون، وبأن الإرادة هي التي تخدم القانون وليس العكس[3].

---

[1]-حدى لالة أحمد، المرجع السابق، ص.20، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.11، أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.473، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.93.

[2]- حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، ط.1، 1991- 1992، ص.72، آدم أبكر صافي النور، انتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مقال منشور بمجلة العدل، رقم 19، السنة الثامنة، كلية القانون، جامعة الوطني، المغرب، ص.13.

[3]-حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص.22، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.213.

و في هذا المعنى يرى أنصار المذهب الاجتماعي، أن "الإنسان بدون المجتمع ما هو إلا حيوان لا يمثل أية قيمة"..

ثانيا: نقد نظرية العقد الاجتماعي

إذا كانت نظرية سلطان الإرادة توصف بأنها نظرية إرادية بحته تتكلم عن قوة الإرادة وسلطانها، إلا أن نظرية العقد الاجتماعي، وبحسب اسمها هي نظرية تعاقدية.

وبمقتضى نظرية العقد الاجتماعي، فإن الأفراد لا ينتقلون من الحالة الطبيعية، والتي يكون فيها للفرد أن يفعل ما يشاء، إلى المجتمع السياسي المنظم، والذي يفقد فيه الفرد جزءا من حريته ويصبح خاضعا لقوانين هذا المجتمع، إلا بمقتضى اتفاق بين هؤلاء الأفراد أنفسهم في مقابل أن يحافظ لهم الحاكم على الجزء الباقي من هذه الحرية.

ومثل هذا القول يتنافى مع الواقع، ذلك أن الإرادة لا تلعب أي دور في إبرام العقد الاجتماعي، وقد انتقد الكثير من الفقهاء "خرافة العقد الاجتماعي والذي يقضي بأن جميع النظم ترجع إلى إرادة الأفراد وحدها"[1]، وطبقا لنظرية العقد الاجتماعي، فإن العقد أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع، بل هو أساس خضوع الأفراد لحكم القانون[2]، مما يعني أن الإرادة أو أي التزام قانوني هي أساس العقد، وبأن دور القانون هو احترام هذه الإرادة وتنفيذها.

ويرى الدكتور سمير عبد السيد تناغو أن القول بهذا يتنافى تماما مع المعنى الحقيقي لنظرية العقد الاجتماعي، فمصدر العقد الاجتماعي إنما هو القانون الطبيعي وليس إرادة الإنسان، وأن نظرية العقد الاجتماعي لا تهدف إلى إطلاق حرية الإرادة، بل هي على العكس من ذلك، فهي تخضع لحكم العقل والعدل ومبادئ القانون الطبيعي وليس العكس[3].

"L'homme sans la société est un animal ne présentant pas grand intérêt" Dr Fadila MOULAI- KHATIR, op.cit ,p29.

عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص.50.

سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.130 وما بعدها.

[1]-أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.50.

[2]-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.166 وما بعدها.

[3]-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.173.

فالإرادة ما هي إلا وسيلة لتحقيق هدف معين، تترتب عنه آثار قانونية يهدف الشخص إلى تحقيقها، فإذا سلمنا بأن الإرادة هي مصدر الالتزام، فينبغي أن يقترن هذا الالتزام بالإرادة التي أنشأته، وألا يحيد عنها صاحبها، فلو نشأ التزام في الماضي ثم نشأت لدى المتعاقد إرادة أخرى تخالف ما التزم به، ففي هذه الحالة يتدخل القانون لا ليحمي هذه الإرادة الحالية، ولكن ليجبر صاحبها على تنفيذ التعهد السابق الذي أنشأه في الماضي بناءا على إرادته السابقة، لذلك فلو قلنا أن الإرادة هي أساس العقد وهي التي تحقق مصلحة صاحبها، لأدى ذلك إلى هدم ما تم بناؤه في السابق بدعوى احترام الإرادة.

لذلك ينبغي القول بأن مصدر الالتزام، إنما هو شيء آخر غير إرادة الشخص، ألا وهو القانون، وأن هدف القانون ليس فقط ضمان حرية الإرادة، بل هو تحقيق العدالة الاجتماعية والصالح العام، من خلال هذه الإرادة، وبالتالي يكون من حق كل من المشرع والقاضي أن يتدخل كلما استلزم الأمر ذلك، بغرض التأكد من أن سلطان الإرادة ما هو إلا وسيلة لتحقيق الصالح العام وليس هدفا في حد ذاته[1].

وتدعيما لما سبق ذكره، فإن الملكية ليست حقا مطلقا بل لها وظيفة اجتماعية، وهي مقيدة بمبادئ التضامن الاجتماعي، فليس للأفراد أن ينشئوا حقوقا عينية أخرى غير التي

---

[1]–عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص.ص.32، 33.

ومن رواد هذا الاتجاه الفقيه روهات (Rouhette) والذي كان يرى بأن "العقد ليس اتفاق إرادتين...وأن القوة الملزمة للعقد لم تؤسس لدى محرري التقنين المدني الفرنسي على احترام الإرادة، ولكن على الضرورة الاجتماعية واستقرار التعهدات التعاقدية، وإعمالا لسنة التطور الحاصل في العالم منذ سنة 1804، فقد اندثرت الفردانية ولم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطة القانون".

« …le contrat, n’est pas un accord, de volontés, la force obligation du contrat n’aurait pas été fondée chez le rédacteurs du code sur respect de le volonté mais plutôt sur la nécessité social de la stabilité des engagement contractuels,..en s’attachant à l’évolution depuis 1804, le monde à change l’individualisme s’efface, la volonté n’oblige que parce qui elle est sous la dépendance de la loi. », Malaurie ph, Aynes, et stoffel MUNCK, Droit civil des obligations, Defrenois, Paris, 2ème édition, 2005, P.375.

أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.476.

حددها القانون، كما أن القواعد التي تنظم حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، هي قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، وأن الميراث ليس وصية مفترضة كما يدعى أصحاب المبدأ[1].

وبالنسبة لعقد الزواج، فإن دور الإرادة فيه يقتصر على الدخول في هذا العقد من عدمه، أما وقد تم العقد، فإن كل ما يرتبه من حقوق والتزامات، إنما مصدرها القانون، حتى قيل بأن الزواج ليس بعقد إنما هو نظام قانوني[2].

وفي قانون العقوبات، لا يعقل أن يقال بأن المجرم قد ارتضى لنفسه العقوبة مسبقا، فأي مجرم يرى في العقوبة جزاءا ينتظره؟ بل هو يبذل أقصى جهده لئلا يعاقب، وفي قواعد القانون العام، فإنه لا أثر للإرادة فيها باعتبار قواعده كلها من النظام العام، لذلك فإن مجال الإرادة إنما هو القانون الخاص، وحتى في هذا المجال، فإنه يجب استبعاد الأحوال الشخصية، وكذا الحقوق العينية، وعلاقات العمل، كما يجب مراعاة القواعد الآمرة التي أصبحت تقيد إلى حد كبير مجال الإرادة[3].

ثالثا: نقد الأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو وإيمانويل كانت

تنبثق الأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو وكانت من نظرية العقد الاجتماعي، فإذا كان العقد الاجتماعي عند روسو هو العقد العادل المستمد من العقل وليس الإرادة، فإبرام هذا العقد وفقا لهذا التصور كان مفروضا على الأشخاص الذين أبرموه، حتى يعيش هؤلاء الأفراد في جو من المساواة والحرية والعدالة، وبالتالي فإن خير الفرد وما هو في صالحه يمثل الغاية المشتركة للمجتمع ككل[4].

فالعقد في نظر روسو، هو مصدر كل التزام، سواء تعلق الأمر بالعقود التي تبرم بين الأفراد أو التي يفرضها القانون، لأنها تكون حينئذ قد انبثقت عن إرادة الأفراد أنفسهم.

---

[1]– وفي هذا المعنى يرى أيمن إبراهيم العشماوي "أن الميراث سبق الوصية في ظهوره وتطوره، وهو يقوم على فكرة اشتراك الأسرة في ملكية الأموال، ثم أنه لو كان المورث مجنونا أو طفلا صغيرا، هل كان يمكن القول بأن ميراثه يقوم على وصية مفترضة وهو لا يقدر أصلا على ترك وصية صريحة؟ أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.52.

[2]–أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.52.

[3]– درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.ص.92، 93.

[4]–سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ص.164، 165.

وكما رأينا في نظرية العقد الاجتماعي، فإن إسناد هذا العقد إلى إرادة الأفراد، فيه تشويه له، فالعقد الاجتماعي إنما هو عقد عقلي لا تلعب فيه الإرادة أي دور، بل تخضع فيه الإرادة التعاقدية إلى مصدر واحد هو سلطان العقل[1].

أما بالنسبة للفيلسوف كانت، فينطلق من مبدأ تقديس الحرية باعتبارها حقا مقدسا لصيقا بالشخص، والتي ينبغي حمايتها ولو بالقوة، وهي مستمدة من القانون الطبيعي، والقانون في نظره يتمثل في مصدر واحد هو إرادة الإنسان، وبالتالي ينبغي الالتزام به وتطبيقه وإلا كان ذلك منافيا للعدالة.

فالعقد الاجتماعي لدى كانت إنما يستمد مبادئه من فكرة القانون الطبيعي، ومن ثم فلا بد من الالتزام به، باعتباره مبدأ أخلاقيا.

أما مبدأ سلطان الإرادة في نظره، فينبغي أن ينطلق من المبدأ الأخلاقي الذي يحافظ على كرامة الإنسان، لكن هل فعلا تلتزم الإرادة من خلال التعاقد باحترام المبدأ الأخلاقي هذا؟

إن القول بذلك يخالف الحقيقة، فليس صحيحا أن مبدأ سلطان الإرادة يستمد مبادئه من قواعد أخلاقية، بل هو مبدأ نفعي محض، بمعنى أن المتعاقد لا يعترف بمثل هذا التصور المثالي، فليس كل ما هو عقدي عادل، فالتباين في المراكز الاقتصادية للمتعاقدين يؤدي حتما إلى نتائج غير متوازنة، والقانون يحترم قوة العقد الملزمة هاته، طالما كان المتعاقدان متساويين أمام القانون[2].

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.ص.164، 165.

[2]- سمير عبد السيدتناغو، المرجع السابق، ص.ص.174.

إن فكرة المساواة التي ترتكز عليها أفكار الفيلسوف كانت فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة، أصبحت وهمية تماما، وبالتالي فليس صحيحا مقولة "أن من قال عقدا فقد قال عدلا"[1].

فالمساواة أمام القانون هي مساواة نظرية بحتة لا وجود لها في الواقع، وخير مثال على ذلك عقود الإذعان، التي دعمت المبدأ .

رابعا: التأثير الخاطئ للأفكار الفلسفية على المشرع الفرنسي

لقد كان للأفكار الفلسفية للفيلسوف كانت التأثير البالغ على المشرع الفرنسي، وذلك من خلال تكريسها غداة صياغة القانون المدني الفرنسي سنة 1804.

ولقد كان من أهم هذه الأفكار الفلسفية التي تجسدت في نصوص القانون المدني الفرنسي تلك التي جاء بها الفيلسوف كانت و التي كان من مبادئها وجوب التطبيق الفوري للقانون، وعدم جواز حدوث أية مقاومة من طرف الشعب، وبوجوب تحمل تعسف السلطة العليا حتى ولو بلغ هذا التعسف حدا لا يطاق، بدعوى أن تطبيق القوانين هي التي تجعل من الشيء أمرا عادلا، وبعدم جواز التساؤل عما إذا كانت نصوص القانون عادلة، لأن ذلك يخالف العقل السليم.

إن هذا المفهوم الخاطئ للقانون، قد بلغ مداه إلى حد منع كل من الفقه والقضاء تحديد مفهوم النظام العام، لما في ذلك من تضارب حول مكونات هذا المفهوم، ولا شك فإن التطبيق الصارم للقانون بدعوى أنه من صنع إرادة الفرد هو عين الإجحاف ذاته، وهو

---

[1]– وقد تعرضت هذه المقولة التي تنسب إلى الفقيه Fouillé إلى هجوم شديد من طرف الفقيه الألماني اهرنج Ihering والذي صرح قائلا: "إن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلا هو بمنزلة إعطاء ترخيص بالصيد للقراصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم".

Cité par GOUNOT, op.cit, p.371, et V.RANOUIL, l'autonomie du la volonté, naissance et évolution d'un concept, 1[e]ed, 4[e] trimestre, presse universitaire de France, 1980, p.133.

أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.481، أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.57.

تكريس لروح الفردية المطلقة، وتقييد لاعتبارات الصالح العام والعدالة والمساواة، كما أن القول بوجوب تطبيق القانون بصورة عمياء، فيه تجن على القيود والمستجدات التي ينبغي مراعاتها سواء من قبل المشرع أو من طرف القاضي ذاته، فالقانون ليس أمرا مقدسا، بل هو قابل للمراجعة والتفسير والتقييد كلما لزم الأمر ذلك، والدليل على ذلك هو التطورات التي يمكن أن تطرأ من حين لآخر، والتي أصبحت تحتم على المشرع وضع قيود بشأنها.

خامسا: انتقاد الأسس الاقتصادية للمبدأ

لقد ساهمت الظروف الاقتصادية التي كانت مشبعة هي الأخرى بالروح الفردية في تكريس مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، فقد جاء المبدأ ليترجم هذه الحرية في أبلغ صورها.

لقد كانت هاته الحرية تستمد مبادئها من وجوب إزالة كل القيود، سواء لدى إبرام العقد، أو لدى تنفيذه[1]، وبأن الإرادة هي وحدها أساس القوة الملزمة للعقد، وأنها تقيد المشرع أيضا في وجوب احترامها من منطلق أن الشخص عندما يكون حرا فإنه يسعى إلى تحقيق مصالحه، وأن إرادته لن تتجه إلى ما يلحق الضرر به كنتيجة لهاته الحرية.

إن هذا التصور المثالي تكذبه الحقائق، فبحكم عدم مساواة الأشخاص في القوة الاقتصادية أو في المراكز الاجتماعية، فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى عدم التوازن العقدي.

لقد أدى هذا التصور المطلق للحرية الاقتصادية، خصوصا بعد قيام الثورة الصناعية، إلى إطلاق العنان للإرادة، فكان نتيجة ذلك تكديس الثروة لدى طبقة البورجوازيين باسم الحرية التعاقدية، فأصبحت هذه الحرية وسيلة مثالية للسلب والنهب منها إلى المساواة

---

[1]-أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.464.

نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.66، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.126.

والعدالة، ولقد ساهم ذلك في إذكاء الحروب الصليبية، وفي نهب ثروات الشعوب المستعمرة، واستغلالها باسم حرية تبادل السلع والخدمات[1].

كما أن القول بأن الحرية العقدية تحقق التوازن الاقتصادي عن طريق العرض والطلب، هو قول مردود عليه، فالفرد يتجه بطبيعته إلى الأنشطة التي تدر عليه ربحا وفيرا وعائدا أكبر، حتى ولو لم تكن هذه الأنشطة في صالح المجتمع، فتفقد الحرية التعاقدية حينئذ وظيفتها الاجتماعية.

والنتيجة من كل ما سبق، أن المبادئ والأسس التي استند إليها أنصار مبدأ سلطان الإرادة عند نشوئه، برهنت بما لا يدع مجالا للشك، مدى هشاشة هذه المبادئ والأسس سواء الفلسفية منها أو الاقتصادية.

لقد برهنت التطورات اللاحقة وظهور المبادئ الاجتماعية، وتطور وظيفة الدولة على أن الإرادة إنما تستمد قوتها من القانون وليس من ذاتها، وأن الحرية العقدية لا تعني حتما أن الإرادة مستقلة[2]، ذلك أن قيمة الالتزام العقدي إنما تأتي من القانون الذي يصنع له الإطار المناسب ويرسم له الحدود[3].

إن أهم ما يفرضه القانون من خلال هذه الحدود إنما هو تقييد الحرية التعاقدية، سواء لدى قيام العقد أو عند ترتيب آثاره، كتلك المتعلقة بعيوب الإرادة أو الأهلية، وكالشرط الجزائي، وكالظروف الطارئة، وكسلطة القاضي في تفسير العقد، وفي تعديل الشروط التعسفية وغيرها من القيود، وهي القيود التي سنتناولها بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة.

---

[1]-إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص.51.

[2]-إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص.51.

[3]- MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), op.cit, p.33.

STARCK (Boris), Droit Civil, Obligation 2, 2ème édition par ROLAND et POYER, Litec, Paris, 1986, P.8.

الفرع الثاني: مرحلة التحول في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

لتقييم مدى نجاعة مبدأ سلطان الإرادة منذ ظهوره رأينا كيف مر هذا المبدأ بعدة مراحل اختلفت فيها نظرة المشرع إليه تبعا لكل مرحلة منها.

فبعد أن بلغ درجة التقديس في بداية مراحله(أولا)، دخل المبدأ مرحلة التحول التدريجي في مفهومه(ثانيا)، وقد كان ذلك نتيجة مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية، فأدى ذلك إلى تدخل المشرع في الحد من المبدأ في مختلف فروع القانون، تحت تأثير هذه العوامل(ثالثا)غير أن هذا التدخل، والذي كان استجابة لمتطلبات حتمية، وبالرغم من أهميته، إلا أن المشرع احتفظ بالمبدأ، لكن ضمن أطر قانونية معينة لا يحيد عنها(رابعا)، ورغم ذلك لا زال المبدأ في تراجع مستمر بفعل مجموعة من العوامل أهمها تطور مفهوم النظام العام واتساع نطاق دائرة تطبيقه، و الاستجابة للتحولات العميقة في المجتمع(خامسا).

أولا: المبالغة في تقديس المبدأ

المبدأ العام فيما يخص التعاقد، هو حرية الإرادة في إبرام العقود، سواء تمثل ذلك في اختيار نوع العقد المراد إبرامه أو في تضمين العقد الشروط التي يراها المتعاقدان مناسبة لهما، كل ذلك من أجل تحقيق مصالحهما وتلبية المطالب والأهداف التي يسعيان إلى بلوغها، وهو ما يعرف بقدسية مبدأ سلطان الإرادة، وقد رأينا كيف أن المبدأ نشأ وتطور في ظل أفكار المذهب الفردي، التي أطلقت العنان لهذا المبدأ حينا من الزمن، فكان يمثل السلطة المطلقة التي لا يجب أن تقيدها قيود أو تحدها حدود إلا في أضيق نطاق[1].

غير أن ما أفرزه إطلاق هذا المبدأ بصورة تكاد تكون مطلقة، وعدم ضبطه ضمن أطر قانونية، ونواميس معينة، والمبالغة في تقديسه من جهة، واعتبار ذلك هو العدل

---

[1]– حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، 1996، ص ص.9، 10، حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، دكتوراه، ط1، مطبعة مصر، 1949، ص25.

المطلق، و الإدعاء بأن الإرادة متى تحررت من القيود، إنما هي العدل والمساواة بعينها، بل ومن شأن أي تدخل من أي جهة كانت سواء للحد من كيفية إنشائها، أو من حيث الآثار التي ترتبها، أن يخل بمبدأ المساواة هاته فيصبح العقد في مصلحة أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر، وأن من شأن ذلك أن يخل بمبدأ المساواة والعدل، كل هذا أدى في واقع الأمر إلى نتائج عكسية[1].

إن إطلاق المبدأ كما ظهر في ظل فلسفة وأفكار المذهب الفردي، وعدم تقييده، والغلو في إبراز محاسنه، واعتباره بمثابة العدل المطلق والمساواة الحقيقية بين المتعاقدين، أفرز في واقع الأمر الكثير من السلبيات والمساوئ، فأصبح سيفا يشهر في وجه الطرف الضعيف المتعاقد الذي يفتقر إلى المقومات التي تمكنه من الوقوف الند للند أمام الطرف المتعاقد معه، والذي يفوقه قوة، ويمتلك من السيطرة المادية أو الفكرية ما يفقد المبدأ الكثير من قيمته التي جاء من أجلها.

و الواقع خير شاهد على ذلك، فلا يمكن لأي طرفين متعاقدين أن يكونا على نفس الدرجة من المساواة حتى نعمل المبدأ على إطلاقه، فالتفاوت في الجانب العقلي والبدني والفكري والمالي والاقتصادي وغيره من العوامل، أصبحت تفرض نفسها وتشكل واقعا ملموسا نلحظه في أي علاقة عقدية، إلا ما ندر منها، فهل يعقل أن نبقي المبدأ على إطلاقه بدعوى المساواة والعدالة والحرية؟

ثانيا: التحول التدريجي في مفهوم المبدأ

إن ما تفرزه الحياة العملية من عدم التوازن بين الأطراف في مجالات متعددة، كالجانب العقلي والبدني، وخبرة أحد طرفي العقد أو تخصصه بحكم عمله، أو بحكم السيطرة الاقتصادية والمالية التي يحوزها، يجعل التعاقد مع هذا الطرف مشوبا بعدم المساواة وعدم

---

[1]– أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.472.

التوازن، بل وانعدام أي حرية لمناقشة شروط العقد، خصوصا إذا كان الطرف الآخر لا يحوز مثل هذا التفوق[1].

و لعل ظهور ما يسمى بعقود الإذعان خير دليل على مثل هذا اللاتوازن و اللامساواة، سواء في مناقشة بنود العقد أو في ترتيب آثاره، بل وفي غير ذلك من العقود، فحتى ولو كان المتعاقدان في الظاهر يكاد يكونان في نفس الدرجة من المساواة، بحكم أنهما ينتميان إلى طائفة معينة من المواطنين، إلا أن فكرة المساواة التي كان ينادى بها أصحاب المبدأ، قد لا تتحقق متى شاب رضا أحد الطرفين استغلال أو تضمن العقد شروطا مجحفة أو تعسفية، بحكم أن أحد الطرفين كان تحت ضغط الحاجة إلى محل العقد لظروف معينة تخصه.

و إذا كان المشرع الجزائري، على غرار بقية التشريعات الأخرى في العصر الحديث، لا زال يبقي على المبدأ، بل ويعتبره الركيزة الأساسية التي تمثل جوهر العقد، والقاعدة التي يجب أن ينطلق منها في أي علاقة بين طرفين متعاقدين، بل إنه لا يجوز تقييد المبدأ سواء بنقضه أو تعديله أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين أنفسهما، أو للأسباب التي ينص عليها القانون (المادة 106 مدني)، فإنه يفهم من ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة، ورغم ما قيل بشأنه، لا زال يمثل القاعدة الأساسية في كل عملية تعاقدية، والركيزة التي لا بد منها في أي عمل يجمع الإرادتين، سواء تعلق الأمر بالاتفاق على مضمون العقد من حيث الشروط التي يتضمنها أو من حيث الآثار التي يرتبها، ولكن وبالموازاة مع ذلك، فإنه، وإن كان المبدأ لا زال على قدر كبير من الأهمية سواء لدى المشرع أو لدى المتعاقدين أو لدى الغير، إلا أنه

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.6 وما بعدها.

-Benslimen née Hadj MOKHTAR Leila, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuel algérienne, Magister, Oran, 1983, p.100.

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع خص طائفة من العقود بالمواد من 53 إلى 673، وهي التي تمثل العمود الفقري لنظرية الالتزامات في التقنين المدني.

لم يصبح على ذلك القدر الكبير من الدرجة الذي كان يمثله أثناء ظهوره في ظل المذهب الفردي الذي كان يقدسه إلى حد بعيد[1].

و نظرا لما أفرزه تطبيق المبدأ على إطلاقه من اللاتوازن بين المتعاقدين، مما انعكس سلبا على ما يرتبه العقد من آثار تكون عادة في مصلحة أحد المتعاقدين وعلى حساب مصلحة الطرف الآخر، وبحكم اللاتوازن في العلاقة العقدية من جهة، والتي مردها الاختلاف في المراكز القانونية والمراكز الاقتصادية والاجتماعية من جهة أخرى، فإن المبدأ كما ذكرت أعلاه، لم يصبح بحالته التي ظهر بها، فقد برزت مجموعة من الأفكار والمذاهب الاجتماعية والفلسفية والدينية والمذهبية وتغير الظروف، والتي أصبحت تنادى بوجوب إعادة النظر في العلاقة العقدية، وبأن المساواة المزعومة التي ظهرت في ظل أفكار المذهب الفردي، ما هي إلا مظهر مثالي يخفي وراءه اللامساواة و اللاعدل بين المتعاقدين بحكم اللاتوازن في المراكز القانونية.

إن هذه النظرة الجديدة، والتي أصبحت المهيمنة على جل التشريعات المدنية الحديثة، قد توسعت شيئا فشيئا إلى أن أصبح تقييد الحرية هو المبدأ في التعاقد[2].

ثالثا: مرحلة تدخل المشرع في الحد من المبدأ

لقد أصبح التدخل من قبل المشرع في العلاقة العقدية يمس جوانب متعددة منها، سواء عند تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، بل وفي ترتيب آثاره أيضا.

---

[1]– سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، 2001، ص.87.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.30، وقد تعرض المبدأ للانتقاد لمخالفته المفهوم الكنسي، فالكنسيون يرون بأن العقد الملزم هو العقد العادل والذي يكون له سبب صحيح ولا يكون ربويا، وحرفية الطرف الضعيف، ولا ينطوي على الغبن، نسرين أبادر، المرجع السابق، ص 25، رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.ص 161، 162.

لقد أصبحت إرادة الطرفين مقيدة بجملة من القيود[1]، فأصبح ركن التراضي تحكمه مجموعة من المواد القانونية في القانون المدني (المواد من 59 إلى 91 منه)، فتدخل المشرع بذلك في وضع قيود قانونية في كيفية صدور الرضا وضبطه ضمن كيفيات معينة وآليات وشروط لا بد أن يفرغ فيها، سواء في شكل الإيجاب أو في القبول أو في كيفية انطباق الإيجاب بالقبول، أو في النيابة في التعاقد، أو في البيع بالعربون، أو في عيوب الرضا، أو في الأهلية اللازمة لإبرام العقد، أو في غيرها من القيود التي ورد ذكرها في القانون المدني، و ما أكثر هاته القيود.

كما قيد المشرع ركن المحل أيضا بمجموعة من القيود (المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني)،ونفس الشيء بالنسبة للسبب (المادتان 97، 98 منه)، بل وإن المشرع، ودائما في إطار النظرية العامة للعقد، لم يكتف بهذه الأحكام العامة، بل ضمن نظرية العقد أيضا أحكاما تتعلق بإبطال العقد وبطلانه (المواد من 99 إلى 98 منه)، كما رتب أحكاما تتعلق بآثار العقد (المواد من 106 إلى 105 منه)، وبانحلال العقد (المواد من 119 إلى 123 منه)، ويتعلق الأمر في الكثير من هذه الأحكام بقواعد آمرة.

و إلى جانب ما سبق ذكره، لم يكتف المشرع بهذه الأحكام العامة، والتي تمثل الشريعة العامة في كل العقود، بل انتقل بعد ذلك إلى تنظيم بعض العقود الخاصة وضبطها بمجموعة من المواد، وهي العقود المسماة، نظرا لأهميتها وكثرة وقوعها في الحياة العملية، فخصها بأحكام تتلاءم وهذا النوع من العقود، (أنظر قائمة هذه العقود المواد من 351 إلى 673 مدني)، فأصبح هناك نوعان من الأحكام، عامة وهي التي تمثل الشريعة العامة، والتي يكون المرجع إليها في كل ما لم يوجد فيه نص خاص، أما وإن وجد نص خاص بعقد معين من العقود المسماة، فيتعين استبعاد النص العام لإحلال النص الخاص الذي ينظمه.

---

[1]- بسام مجيد سليمان، أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.15.

صحيح أن النصوص التي أوردها المشرع سواء في القواعد العامة أو في القواعد الخاصة ليست كلها على نفس الدرجة من الأهمية، ومن ثم فهي تتفاوت في درجة الإلزام، والكثير منها هي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين، إلا أن البعض منها هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومن ثم تعد فعلا قيدا على الإرادة.

و من أمثلة هاته العقود المسماة، عقد العمل الذي نظمه المشرع بقواعد آمرة أصبحت من النظام العام، كما ظهرت عقود جديدة غيرت بشدة المفهوم التقليدي لنظرية العقد، مثل العقود الإدارية، وعقود الاستهلاك، والعقود النموذجية، إلخ.. بل وإن المشرع كلما ظهرت الحاجة الماسة إلى تنظيم علاقة معينة أصبح يستجيب لذلك، فيقوم باستحداث نصوص قانونية خاصة لتنظيم هذه العلاقة، ولا زالت القائمة مفتوحة لكل ما يطرأ من مستجدات في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأفراد والمجتمع.

و النتيجة المترتبة عن كل ما سبق، هو وجود ترسانة قانونية من النصوص والقواعد، والتي أصبحت تنظم العلاقات في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية وفي مختلف التخصصات، والتي جاء بها المشرع بهدف ضبط مختلف أنواع العلاقات التعاقدية بنصوص بعضها آمرة والبعض الآخر مكملة.

فهل القصد من وراء ذلك كله هو ضبط العلاقات التعاقدية في شكل معين بالذات، لا يجوز الخروج عنه؟ أم هو تخفيف على الأفراد من الدخول في تفاصيل العقد؟ وهل فعلا لا زال لمبدأ سلطان الإرادة تلك القوة والنفوذ التي كان يتسم بها عند ظهوره لأول مرة؟ وهل الحرية التعاقدية رغم النصوص القانونية الكثيرة والتي أصبحت تغطي مختلف أنواع النشاطات الإنسانية وتنظم العديد من العلاقات التعاقدية بين الأفراد لا زالت هي المبدأ الأساسي في كل علاقة عقدية؟ كل ذلك سنجيب عنه في الباب الثاني من هذه الدراسة.

رابعا: الاحتفاظ بالمبدأ ضمن أطر قانونية محددة

يرى الكثير من الفقهاء أنه، ورغم ما سبق ذكره من تدخل المشرع في العلاقة العقدية وضبطها بمجموعة من النصوص الكثيرة، إلا أن المبدأ لا زال يحتفظ بقيمته كمحور أساسي في كل علاقة تعاقدية، وأنه، ورغم تقييده في ظل بروز الأفكار والمبادئ الاجتماعية والفلسفية الحديثة، إلا أن المبدأ لا زال يمثل الركيزة التي لا يمكن لأي عقد كان أن ينشأ إلا في ظل هذا المبدأ[1]، ألم يشر المشرع إلى ذلك صراحة عندما اعتبر العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي ينص عليها القانون[2]؟ وهل يمكن لأي علاقة عقدية أن تنشأ بداية دون المرور على هذا المبدأ؟ وإذا نشأت هذه العلاقة، أليس مضمونها مقيد بما يتفق عليه المتعاقدان ذاتهما أو بما ورد في نصوص القانون؟، أليس شروط العقد المتفق عليها هي ما يجب أن يشكل مضمون العقد؟ وبأن الاتفاق المبرم هو جوهر العقد الذي لا يجوز تجاوزه؟ أليس هو ما يتوجب على الأطراف المتعاقدة أن تلتزم به، وتقوم بتنفيذه بمثل ما اتفق عليه؟ أليس الخروج عنه بعد الاتفاق هو إخلال بالتزام تعاقدي، ومن ثم يستوجب المسؤولية العقدية؟ ألم ينص المشرع على أحكام المسؤولية العقدية كأثر على الإخلال بالالتزامات التعاقدية؟ لعل هذه التساؤلات وغيرها هي التي أملت على الكثير من الفقهاء القانونيين والكتاب وجوب رد الاعتبار لمبدأ سلطان الإرادة واعتباره الركيزة الأساسية التي يجب عدم إغفالها في كل عملية تعاقدية، بل

---

[1]– ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه "فرانسوا جيني" والذي يدعم هذا المبدأ بقوله "علينا الإبقاء على المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي".

« …on doit maintenir, le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue, elle heurte aux réalités, qui lui sont extérieures et aux nécessites, de l'organisation social »

Malaurie ph, aynes1 et Stofflet. Munckop. cit, P.358.

حدى لالة أحمد، المرجع السابق، ص.29.

[2]– المادة 106 مدني.

وإن المبدأ، ورغم ما يحيط به من قيود، لا زال الركيزة الأساسية التي لا يجب إنكارها أو تجاهلها.

غير أن هذا الرأي، ورغم وجاهته، هناك من يخالفه ويرى بأنه، وإن كان ظاهريا بأن المبدأ لا زال يحتفظ ببريقه ويشكل عنصرا أساسيا في كل عملية تعاقدية، إلا أن ما ورد النص عليه من قيود، سواء في ظل الأحكام العامة للقانون المدني أو في غيرها من الأحكام الخاصة بكل عقد على حدة، أصبح يشكل قيدا على المبدأ ذاته، فليس صحيحا بأن المبدأ لا زال يحتفظ بالكثير من سطوته وقوته في ظل بروز هذا الكم الهائل من النصوص التي أصبحت تقيده في كل جزئياته، بل أن المشرع ورغم النص على المبدأ صراحة (المادة 106 مدني)، فإنه وفي آخر هذه المادة أورد أهم قيد يرد على هذا المبدأ على الإطلاق وهو ما ينص عليه القانون، أليس مجموع النصوص القانونية المختلفة، سواء في الشريعة العامة في القانون المدني، وفي غيره من النصوص الخاصة بكل عقد على حدة، تشكل في مجموعها قيودا تحد من المبدأ؟[1]

صحيح أن الكثير من أحكام هذه النصوص جاءت في شكل قواعد مكملة تسد النقص الموجود في إرادة المتعاقدين، لكنه إلى جانب ذلك هناك أيضا نصوص تشكل قواعد آمرة تحد من المبدأ بصورة جلية، ولا تكفي بسد النقص الذي يشوب إرادة المتعاقدين فحسب، بل وتقيد الإرادة التعاقدية بحيث يبطل العقد عند مخالفتها.

إن الغرض من كل هذه النصوص التي جاءت لتنظم العلاقة التعاقدية، إنما هي استجابة لحاجيات الأفراد من جهة، وتلبية لمصلحة المجتمع من جهة أخرى في مختلف المجالات الاجتماعية منها والاقتصادية، بل وإن المشرع لا زال لم يضع حدا لهذا التدخل، حيث إنه وفي كل مرة تظهر الحاجة الماسة إلى تنظيم علاقة تعاقدية معينة إلا واستجاب

[1]– شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات، ج.1، طرفا الالتزام، مصر، بدون سنة طبع، ص.127.

المشرع لذلك بمجموعة من القواعد والقيود التي تكون ترجمة واستجابة للمصلحة الخاصة وكذا المصلحة العامة.

ألم تنشأ عقود جديدة لم يكن لها وجود من قبل كعقد الاستهلاك، هذا العقد الذي يتصف باللاتوازن وفي الالتزامات العقدية، و التي يميزها وجود طرفين أحدهما مهني والآخر مستهلك، والذي أصبح يتضمن مجموعة من القواعد تكاد تقيد من الحرية التعاقدية إلى أبعد حد، بل وأصبحت قواعده آمرة ومن ثم جزءا من النظام العام؟

ألم تتضمن القواعد العامة لعلاقة العمل هي الأخرى المزيد من الحماية والضمانات لفئة العمال حتى أصبح هذا العقد عبارة عن تنظيم قانوني أو عقدا موجها؟[1]

خامسا: تراجع المبدأ أمام اتساع دائرة النظام العام وكذا المستجدات الجديدة في الجانب الاجتماعي والاقتصادي

إن المتفحص للعلاقات التعاقدية الحديثة في مختلف المجالات يكاد يجزم بأن نفوذ مبدأ سلطان الإرادة أصبح يتراجع شيئا فشيئا أمام هذا السيل العرم من القيود التي جاءت بها التشريعات المختلفة، نظرا للحاجة الماسة إلى هذه النوع من القيود فالمبدأ، وإن كان لا يزال يحتفظ بالكثير من وهجه في قيام العلاقة العقدية في ظل أفكار المذهب الفردي، إلا أن هذه الخطوة أصبحت تقيدها مجموعة من الضوابط المعترف بها حتى في الدول التي تتبنى نظام الاقتصاد الحر والحرية الاقتصادية، كدول الاتحاد الأوروبي أو الولايات المتحدة.

وإلى جانب كل ما سبق ذكره، برزت فكرة النظام العام، والتي توسع مفهومها حسب الحاجة من مجرد فكرة لها مدلول معين إلى جملة من المبادئ، فظهر النظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي والنظام العام الأسري والنظام العام السياسي وهلم جرا[1].

---

[1]– أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.47.

حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002، ص.49.

أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.ص.488، 489.

إن هذا المفهوم، ورغم توسعه عموديا وأفقيا، لا زال أهم الضوابط أصبحت تحد من العلاقة العقدية، بل وتقيد المشرع أيضا عند سنه لقانون معين أو لضبط علاقة معينة.

فهل الغرض من هذه القيود المتعددة هو حماية المتعاقد الضعيف فحسب، أم تتعدى ذلك لحماية المجتمع ككل؟.

لا أحد ينكر بأن الهدف من كل ذلك هو حماية كل من الطرف الضعيف من جهة، وحماية المجتمع ككل من جهة أخرى في مختلف المجالات من سطوة المتعاقد القوي. إن المصلحة الشخصية عادة ما تتجاهل مصلحة الطرف الآخر، بل هي على النقيض من مصلحة المتعاقد معها، وتغليب مصلحة أحد الطرفين سيكون لا محالة على حساب مصلحة الطرف الآخر، ونادرا ما تتساوى المصالح أو تكون على قدر معين من المساواة[2].

أفليس من حق المشرع التدخل كلما شعر بأن العلاقة العقدية أصبح يشوبها اللاتوازن في المصالح؟ وهل من العدل أن نترك المتعاقدين أحرارا دون أية ضوابط أو قيود؟

إن أية علاقة تعاقدية تنطوي دائما على الحاجة الماسة لطرف ما من أجل الحصول على منتوج أو خدمة معينة من الطرف الآخر، لقد أصبح اللاتوازن هو السمة البارزة التي تميز العلاقات بين الأفراد، ولذلك لا يمكن إعمال مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه عندما تجتمع إرادتان إرادة تريد التعاقد بشروط تعسفية، وإرادة ليس لها الخيار إلا القبول بهذه الشروط تحت ظرف الحاجة.

---

[1]– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.15، بسام مجيد سليمان، أكر محمود حسين، المرجع السابق، ص.15.
يشكل النظام العام قيدا على مبدأ سلطان الإرادة وقد تم التفصيل بشأنه في الباب الثاني من هذه الدراسة.
الملتقى الدولي حول: التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة والمنظم بجامعة بجاية يومي 7، 8 ماي 2014، الموقع www.univ-bejaia.dz

[2]– بسام مجيد سليمان، أكرم محمود حسين، مرجع سابق، ص.11.

و بالنظر لما سبق ذكره، يشكل البحث في هذا الموضوع أهمية قصوى ليس فقط من الجوانب القانونية فحسب، بل وأيضا من الجوانب الاقتصادية والاجتماعية التي تهم الفرد، والمجتمع ككل، نظرا لما تشكله هذه الأخيرة من تأثير على المبدأ.

إن البحث في القيود التي تفرضها مصلحة المجتمع على المشرع هي من صميم ما نبحثه في هذه الدراسة، والتي تكشف لنا مدى خضوع واستجابة المشرع لمثل هذه الضغوط والاستجابة للاحتياجات المتجددة لضبط علاقات معينة، وللتطورات الحديثة واللامتناهية في مجال العلاقات الاجتماعية والاقتصادية المتعددة والمتنامية يوما بعد يوم.

و رغم أن هذا الموضوع قد حظى بالكثير من الأبحاث والدراسات الفقهية المتعددة، غير أن أغلب هذه الدراسات كانت تركز على ذكر بعض المواضيع بعينها دون سواها، كفكرة النظام العام والآداب العامة، أو فكرة الشروط التعسفية في العقد، أو عقود الإذعان، أو غيرها من الدراسات، في حين أن الدراسات التي تعنى بالبحث في مختلف هذه القيود الاجتماعية والاقتصادية ككل، والتي تحد من مبدأ سلطان الإرادة، سواء لدى سن التشريعات المختلفة من قبل المشرع، أو لدى تنفيذها من قبل الأفراد، أو حتى بعد تنفيذها، تكاد تكون نادرة، كما أن هذه القيود التي تحد من المبدأ ليست مستقرة لا في المكان ولا في الزمان، بل هي متجددة بتطور المجتمع، وهي تختلف من بيئة إلى أخرى بحكم تعدد العادات والأفكار والقيم لدى المجتمعات والدول[1]، وظهور صور جديدة لفكرة النظام العام[2]، كما رأينا كذا تفرع هذه القيود إلى عناصر جديدة، ومن شأن هذه التطورات المتلاحقة، والتي تقيد من المبدأ، أن أصبح من الضروري مسايرة هذه التطورات للنظر فيما استجد منها، وفي مدى استجابة المشرع لتلبية الحاجة إلى وضع قيود جديدة من شأنها أن تلبي الحاجة الماسة إليها، وتقيم التوازن العقدي كلما ظهرت الحاجة إلى ذلك، ولن يكون ذلك ممكنا إلا بمزيد من البحث

---

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.96.

[2]- همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص.231.

المستمر في هذا الموضوع الهام، والذي تعدت أهميته البحث الأكاديمي الصرف، إلى ما قد يعود بالفائدة على الفرد والمجتمع ككل.

إن هذه القيود المستجدة، والتي تحد من المبدأ في كل من المجال الاجتماعي والاقتصادي أصبحت تقيد المبدأ عن طريق المشرع وكذا القاضي والتي سنبحثها بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الثاني

الحد من مبدأ سلطان الإرادة تجسيد للوظيفة الإجتماعية للعقد

لم يعد للإرادة ذلك الدور المطلق الذي كانت تتمتع به من قبل، إذ تم تقييد هذا الدور إلى الحدود التي يقتضيها استقرار المعاملات ومراعاة مصلحة المجتمع.

لقد تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي نشأ في رحابها المذهب الفردي، وأصبحت التشريعات الحديثة تتجه أكثر فأكثر نحو الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، وقد اقتضى ذلك منع تسلط الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد، وتقييد إرادة الطرف الأول بما يحقق التوازن بين الطرفين المتعاقدين والأخذ بعين الاعتبار مصلحة المجتمع.

وأمام التطورات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة التي مست كل المجتمعات، وظهور مذاهب اجتماعية غايتها تحقيق التضامن الاجتماعي، أصبح من الضروري تطويع إرادة المتعاقدين في العقد وتوجيهها بما يحقق الأهداف والمقاصد التي تهدف إلى تحقيق هذا التضامن.

ولقد كانت بداية الانطلاق فيما يتعلق بتقييد الإرادة والحد من دورها وضبطها في إطار معين من أجل حماية المجتمع من التسلط الذي قد يفرضه أحد المتعاقدين ضد المتعاقد الأخر من خلال ظهور فكرة العقد الاجتماعي لصاحبها جان جاك روسو كما رأينا[1].

---

[1]– والتي كانت بمثابة دعامة قوية للمبدأ حيث كان يرى بأن "الفرد هو أساس القانون وغايته، وقد ولد الفرد حرا وسيدا لنفسه، فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادة الأفراد، والتي تكون ما يسمى بالإرادة العامة"، خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.5، علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص.134.

ولقد كان ذلك خلال القرن السابع عشر، حيث انبثقت فكرة العقد الاجتماعي من خلال اتفاق الأفراد فيما بينهم على أن يتنازلوا عن جزء من حريتهم للسلطة والتي يتولاها شخص أو هيئة ما في مقابل أن تضمن هاته الأخيرة الأمن والاستقرار والتضامن بين الأفراد في المجتمع[1].

لقد كانت الغاية من العقد الاجتماعي الحفاظ على حياة الأشخاص وممتلكاتهم ووجوب احترام حرياتهم الشخصية[2]، أما اليوم فإنه، وإلى جانب الاعتبارات الاجتماعية، فإن للعوامل الاقتصادية وتقلباتها وتعقيداتها دور أصبح يفرض نفسه على المشرع بالإضافة إلى القاضي من أجل التدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، لا سيما عندما تبرز مستجدات وظروف لم تكن متوقعة لدى إبرام العقد، فينهار التوازن العقدي والذي من شأنه أن يستوجب إعادة النظر في النظام القانوني للعقد برمته خصوصا عندما يتعلق الأمر بعقود المدة.

ورغم أن المشرع الجزائري لا زال يعتد بمبدأ سلطان الإرادة كوسيلة للتعاقد، ويتجلى ذلك من خلال اعتداده بمبدأ الرضائية وحرية التعبير، وعيوب الرضا وبمبدأ القوة الملزمة للعقد ونسبية العقد(المواد 59، 81، 82، 83، 84، 85، 86، 87، 88، 89، 90، 91، 106، 108 مدني)، إلا أن ذلك لم يعد مقصورا على الإرادة الفردية فحسب، بل تدخلت فيه الإرادة العامة للدولة، فلم يعد الأمر يقتصر على مجرد الحد من الإرادة أو تقييدها، بل قد يصل إلى حد إلغائها بالنسبة لبعض العقود التي ظهرت حديثا كما هو الشأن في العقود

[1]–هناك من الكتاب من يرجع فكرة العقد الاجتماعي إلى أفلاطون والذي كان يرى بأن المجتمع إنما يقوم على نوعين من العقود، عقود تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم وعقود تنظم العلاقة بين الأفراد والحكام، وفي هذا النوع الأخير من العقود يتعهد فيها الأفراد بعدم قلب نظام الحكم في مقابل تعهد الحكام بعدم فرض سيطرتهم بقوة، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.167، 170. علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص.134 في الهامش.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.170.

الجبرية مثل عقد التأمين[1] والتأمينات الاجتماعية[2] ومنها إلزام الأشخاص والهيئات التي تقدم سلعا أو خدمات للجمهور بالبيع[3].

وأحيانا قد يصبح الشخص مجبرا على التعاقد مع شخص معين بذاته كما هو الشأن بالنسبة للمحتكر لسلعة ما او خدمة مثلما كان الشأن بالنسبة لاحتكار الدولة للتجارة الخارجية سابقا، وقد يمس التقييد مضمون العقد المراد إبرامه، فيتدخل المشرع بقوة من خلال نصوص قانونية آمرة لتنظيم محل العقد كما هو الشأن في عقد العمل، وفي الالتزام بالإعلام وفي الالتزام بالسلامة، وفي عقد الاستهلاك، كما لم تصبح الإرادة حرة في إنهاء العقد أو في تعديله.

وقد يفرض شكلا معينا للعقد بحيث لا يتم انعقاد العقد بدونه (المادة 324 مكرر 1 مدني)، وقد يكون الشكل مطلوبا للإثبات (المادة 645 مدني)، وقد يكون مطلوبا لترتيب العقد أثره، (المادة 793 مدني).

ومن المبادئ الجديدة للحد من الأثر النسبي للعقد أن أصبح التعاقد يتم عن طريق هيئات أو جماعات من الأشخاص لتنصرف أثاره إلى أطراف أخرى لم تشارك في إبرامه، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقيات العمل الجماعية[4].

وقد تتقرر جزاءات تتلائم مع المفاهيم الجديدة للعقد، وتستجيب للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي أصبح يتسم بها العقد، حيث ظهر مفهوم قابلية العقد للإبطال كما في

---

[1]–المادة الأولى من الأمر 74–15 المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار ومنها إلزام الأشخاص والهيئات التي تقدم سلعا أو خدمات للجمهور بالبيع (المادة 15 من القانون رقم 04–02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2]–القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

[3]– المادة 5 من القانون 04–02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[4]– المواد من 114 إلى 134 من القانون رقم 90–11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر، العدد 17 لسنة 1990، أحمية سليمان، الاتفاقيات الجماعية كإطار تنظيمي لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

عيوب الرضا، ومبدأ تجزئة العقد، ومبدأ تحول العقد، وغيرها من الأحكام الجديدة التي أصبحت تفرض نفسها بقوة في ظل المفهوم الجديد للعقد[1].

وقد يتولى القاضي تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، ومراقبة شروط العقد متى كانت تعسفية وإعفاء الطرف المذعن منها (المادة 110 مدني)، بل وقد يقوم بمراجعة شروط العقد أحيانا عندما تكون التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا متى كان ذلك نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر (المادة 90 مدني)، وقد يتدخل القاضي أيضا كما في حالة الظروف الطارئة ليرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كما سنرى لاحقا (المادة 2/107 مدني).

لذلك يمكن القول بأن الإرادة لم يعد لها ذلك الدور المطلق في إنشاء العقد أو في تحديد مضمونه، كما لم تعد حرة أيضا في إنهاء العقد أو في تعديله، والنتيجة ظهور عقود على غير إرادة المتعاقدين بل وضد إرادتهما، حيث أصبح دور الإرادة يقتصر على ارتباطها مع الغير بينما يتولى القانون التعريف بكيفية ارتباط المتعاقد ومضمون الارتباط ونتيجته، فالعقد لم يعد مقصورا على الإرادة الفردية بل تدخلت فيه الإرادة العامة للدولة.

إن التعاقد قد أصبح يقتصر بالنسبة للطرفين على التواجد، ولكن تحت مظلة وسيادة نظام قانوني ملزم، فقد أصبح من الممكن القول أن العقد أصبح عملا لا يهدف إلى تنظيم الحقوق والالتزامات فحسب، ولكن إلى تطبيق الحقوق والالتزامات الناشئة عن نظام قانوني معين، وبمعنى آخر يرى البعض من الفقهاء[2] أن العقد قد أصبح في طريقه إلى أن يصبح عقدا موجها "Contrat dirigé" أي العقد الذي يتولى القانون تحديد أهم شروطه وملامحه ولا يكون للأشخاص إلا أن يرتضوه لأنفسهم أولا يرتضوه دون تعديل[3].

---

[1]-المواد 84، 85، 104، 105، 2/107، 110، 2/112 مدني، علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.53.

[2]-TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves) : Droit civil, les obligations, 6e édition, Dalloz, 1996, no 35, P.32.

[3]-و مع الإقرار بهذا التدخل من طرف المشرع من أجل تحقيق الصالح العام وإقامة التوازن بين المتعاقدين إلا أن البعض من الفقهاء يرون بأن المشرع من وراء هذا التدخل يكون قد بالغ في الحد من مبدأ الحرية التعاقدية، بل وتخطى المصالح التي وجد العقد من أجلها مما انعكس سلبا على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، لذلك ينبغي العودة ثانية إلى مبدأ

لقد أصبح العقد الذي كان ينظر إليه بأنه شأن خاص بالمتعاقدين دون غيرهم أداة في يد المجتمع ككل، هدفه هو تحقيق الصالح العام[1]، وبالتالي فقد أصبح له مفهوم جديد يقوم على مبادئ وقواعد من شأنها أن تجعل مصلحة الجماعة أولى من مصلحة الفرد، وبأن حرية الفرد مهما بلغت، فهي لن تكون مطلقة بل مقيدة بالغاية الاجتماعية والأهداف التي سطرها المشرع، وبأن المجتمع هو الذي يستمد منه الفرد حقوقه وليس العكس، وليس هناك حق إلا إذا كان له سند من القانون، وبأنه لا يسمح بالتفاوت الاقتصادي أو الاجتماعي في أية علاقة عقدية، وبأن العقد لا يكون قانونيا إلا إذا كان عادلا، ويتم تأطير العلاقة العقدية بإحدى وسيلتين:

الأولى: عن طريق المشرع من خلال النظام العام الاقتصادي التوجيهي و الحمائي أو من خلال القواعد العامة للعقد أو من خلال العقود المؤطرة وهو ما يسمى بالتأطير القانوني، أو بوسائل أخرى لا تقل أهمية عن ذلك، كفرض التزامات وواجبات على المتعاقدين أو أحدهما حتى تتحقق المساواة والعدالة العقدية، وبالتالي يزول التعسف ويتم ذلك إما بالحد من حرية التعاقد أو بتقييد مضمون العقد.

سلطان الإرادة ليتولى تنظيم الروابط العقدية، وأن تكون سياسة التوجيه مجرد استثناء يهدف إلى تفادي مساوئ وإسراف الحرية التعاقدية.

أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص. ص.488، 489 و في نفس المعنى ترى الأستاذة فريدة محمدي أنه "لا يمكن للتطور القانوني مهما وصلت ذروته إلغاء دور الإرادة تماما في التعاقد"، المرجع السابق، ص.1.

[1]–لقد عبر البعض عن هذا الدور الجديد الذي أصبح يؤديه العقد بمصطلح "عيممة العقد" publicisation du contrat "، والذي يعني أن العقد باعتباره وسيلة تعامل بين الأفراد في المجتمع مما يستوجب على الدولة استعمال قواعد القانون العام لتنظيمه، فيلالي علي، المرجع السابق، ص52. فاضل خديجة، عيممة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014–2015، ص.2.

وقد يعبر عن هذا الدور الجديد بجميعة العقد "Socialisation du contrat" والذي يعني أن العقد قد أصبح له مفهوم اجتماعي يتعدى بكثير المعنى التقليدي الذي كان يعطى للعقد الصفة الفردية.

علي فيلالي، المرجع السابق، ص.53، لمناقشة المصطلحين العيممة و الجميعة.

فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.ص.02، 148، 159، 150.

نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص.30.

حليس لخضر، المرجع السابق، ص.2.

و الثانية: وتتم عن طريق القضاء بقصد مراجعة شروط العقد، والتزام القاضي بتعديل العقد إنما هو نابع من المشرع ذاته عندما ينعدم النص القانوني للفصل في الوقائع المعروضة عليه حينئذ يجتهد القاضي ليصل إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على العقد ليس فقط كرابطة تجمع بين شخصين متعاقدين هما الدائن والمدين فحسب، بل كواقعة تهم الجماعة ككل، لذلك كان لا بد من تكييف العقد ليتلائم مع المستجدات الجديدة التي أصبحت تقيد العقد إلى أبعد الحدود.

لقد زال المفهوم التقليدي للعقد بأنه رابطة تهم المتعاقدين فحسب، وهو المفهوم الذي كان يميز العلاقة في ظل مبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبح ينظر إليه من زاوية مدى تأثيره في المجتمع ومراعاته الواقع الاجتماعي والاقتصادي وكذا التطورات الحديثة[1].

لقد أدى المفهوم التقليدي للعقد إلى الأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية بغض النظر عن العدالة العقدية، ولقد نجم عن ذلك، وكنتيجة للتفاوت الاقتصادي في مراكز المتعاقدين، أن برزت عقود تحمل طابع الأنانية وحب الذات والتضحية بمصلحة الغير في سبيل تحقيق الربح بأي وسيلة كانت، ومن بين هاته العقود عقود الإذعان وعقود العمل والتي كان يتحمل بموجبها العامل التزامات تفوق إلى حد كبير ما يحصل عليه من أجر بدعوى أن كل عقد حر هو عقد عادل.

لقد تدخلت الدولة الحديثة من أجل توجيه العقد للوصول إلى تحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي تقوم على مبدأ التوازن في العلاقات العقدية، فتم تأطير العلاقة العقدية عن طريق القواعد الآمرة والتي أصبحت تميز العقد حماية للمتعاقد من جهة وحماية للمجتمع من جهة أخرى.

إن مفهوم العقد لم يصبح ذلك الاتفاق بين إرادتين فحسب، بل ظهرت العقود الجماعية بين الأفراد الذين لا يشاركون في وضع شروطها، فكان ينبغي الأخذ بعين الاعتبار

---

[1]- فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.ص.148، 149، 150.

Alexandre Braud, contribution de la socialisation du droit des contrats, thèse de doctorat, Université Lille 2, 2001, p 13

مصالح هاته الفئات بما يحقق التوازن المطلوب، كما ظهرت عقود مؤطرة من طرف المشرع كعقد الاستهلاك ومنها أيضا العقود النموذجية، وبذلك تحول العقد من الطابع الفردي إلى الطابع الجماعي، والذي يعني وجوب حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإقامة التوازن العقدي وفي ذلك إضفاء للطابع الجماعي للعقد.

لقد أصبح تدخل الدولة واضحا في المجال التعاقدي سواء بتقييد إرادة المتعاقدين في التعاقد أو بتحديد مضمون العقد، فلم يعد العقد قاصرا على أشخاص القانون الخاص فحسب، وإنما أصبح الوسيلة المثلى في يد الدولة من أجل تسيير الاقتصاد وتوجيهه بما يحقق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية[1].

لقد خرج العقد من دائرة القانون الخاص إلى دائرة القانون العام، وكنتيجة لذلك فقد الكثير من سطوته وبرز تدخل الدولة واضحا من خلال القيود التي أصبحت تقيده، بل وقد يستغني المشرع عن العقود بالمرة كما هو الشأن بالنسبة للقانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[2].

و مع الاعتراف بأن الموضوع واسع جدا و يكاد يمس أغلب نصوص القانون سواء تعلق الأمر بقواعد القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة أم بالنصوص الخاصة و التي تضمنتها مختلف القوانين الأخرى التي تمس من قريب أو بعيد مبدأ حرية التعاقد، إلا أننا ارتأينا أن نعطي الموضوع حقه من خلال التركيز على أهم القيود التي تمس بالمبدأ و يتعلق الأمر بقواعد النظام العام الحديث كآلية تقيد حرية التعاقد باعتبار أن هذا الأخير أصبح له مفهوم واسع لا ينحصر في ما ورد النص عليه في نصوص القانون المدني فحسب، بل هو مبدأ عام يتعدى ذلك إلى أنظمة عامة جديدة تكاد تغطي مختلف مجالات الحياة الاجتماعية

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص.ص.52.

2- تنص المادة 08 منه: " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي...أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة، وعلى أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما"، وتنص المادة 136 منه: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام بقوة القانون"، القانون رقم 30-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، ج ر العدد 17 أشار إليه علي فيلالي، المرجع السابق، ص52.

و الاقتصادية الحديثة حيث توسعت مجالات النظام العام و برزت أنظمة جديدة له[1] في مختلف المجالات مما أصبحت تشكل بحق أهم القيود التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، كما تجلى ذلك بوضوح من خلال مختلف القيود التي أوردها المشرع على المبدأ سواء تلك التي تمس المبدأ من حيث الشكل أو تلك التي تمسه من حيث الموضوع، و كما برز ذلك أيضا بوضوح من خلال الآليات التي وضعها المشرع تحت تصرف القاضي في الحد من المبدأ.

لذلك و أمام هذه التطورات العميقة التي مست مفهوم العقد و العلاقة العقدية أن أصبح من الضروري بداية وجوب تكييف العقد مع هاته التحولات الجديدة و التي مهدت بقوة للتدخل في الحد من المبدأ بغرض إضفاء الطابع الاجتماعي على مفهوم العقد (الفصل الأول)، كما أنه و تبعا لذلك أصبح من الضروري وضع الآليات التي من شأنها أن تلبي الحاجة الماسة للحد من المبدأ خدمة لمصلحة المجتمع (الفصل الثاني).

[1] لقد شكل التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة موضوع ملتقى دولي نظم بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة بجاية يومي 07 و 08 ماي 2014. الموقع www.univ-bejaia.dz

الفصل الأول: ضرورة تكييف العقد مع التغيرات الجديدة بغرض إضفاء الطابع الاجتماعي على مفهوم العقد

رأينا كيف تغير مفهوم العقد تبعا للمراحل التاريخية التي مر لها، وكان في كل مرة يتأثر بالظروف السائدة في المجتمع في تلك الفترة، وقد رأينا كيف أن العقد تغلبت عليه المراسيم الشكلية في عهد القانون الروماني، ولم يكن للإرادة فيه دور كبير، لكن وفي نهاية مراحله ظهرت بوادر للتخلص جزئيا من الشكلية، فبدأت الرضائية بالظهور إلى جانب الشكلية، لكن دون التخلص من الطابع الشكلي للعقد، والذي بقي السمة البارزة في التعاقد خلال هذه الفترة.

غير أنه وبحلول العهد الكنسي، وكنتيجة للتعاليم الكنسية أن أصبح الوفاء بالعهد المقطوع أمرا مقدسا، فبدأت معالم الاعتراف بالدور الذي تلعبه الإرادة في التعاقد، كما بدأت معالم مبدأ سلطان الإرادة في الظهور في نهاية مراحله.

لكن وبحلول فترة المذهب الفردي بدأ المبدأ في الظهور بقوة، وكان ذلك خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر بفعل مجموعة من العوامل الاقتصادية والأفكار الفلسفية، والتي كانت كلها تصب في اتجاه واحد ألا وهو الإعلاء من شأن الفرد، واعتبار الحرية التعاقدية العنصر الأساسي في كل عملية تعاقد، دون أن تحدها حدود أو تقيد من سطوتها قيود

غير أن المبدأ ومن خلال التطورات اللاحقة بعد هاته الفترة، وكرد فعل للمغالاة في تقديس حرية الفرد، ولما ترتب عن ذلك من مساوئ اجتماعية، وكنتيجة للمعطيات الجديدة كأفكار المذهب الاجتماعي و الأفكار الاشتراكية، بدأت الحاجة الماسة للتدخل في العملية التعاقدية بغرض إقامة التوازن العقدي، وكان ذلك بسن قواعد آمرة، وظهور فكرة النظام العام، ووجوب تدخل الدولة، فاعتبر ذلك تراجعا عن الحرية التعاقدية، وتحول مبدأ سلطان الإرادة من مبدأ ذاتي يقوم على تقديس حرية الفرد وتحقيق مصالحه الذاتية إلى مبدأ موضوعي تراعى فيه مجموعة من العوامل أهمها إقامة التوازن بين أطراف العلاقة العقدية

ومراعاة الصالح العام ومنها بروز الوظيفة الاجتماعية للعقد ووجوب حماية الفئات الضعيفة وتطور وظيفة الدولة، و منها تكريس اجتماعية العقد من خلال التشريعات الحمائية و تحول العقد إلى مركز قانوني منظم، و استحداث نماذج للعقود المنظمة و العقود النموذجية و تكريس فكرة العدل الاجتماعي، والتي بفضلها تم تجاوز النظرية التقليدية للعقد وتحوله إلى مفهوم جديد تراعى فيه مختلف هذه العوامل حتى يؤدي وظيفته الاجتماعية.

لقد أصبح المبدأ محاطا بمجموعة كبيرة من القيود وهي قيود كثيرة ومتعددة تكاد تغطي العلاقة العقدية برمتها، سواء في مرحلة تكوين العقد أو عند تحديد مضمونه أو أثناء تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه أو عند انقضاء العقد، بل وحتى بعد ذلك، بل وأحيانا قد تسبق قيام هذه العلاقة كما في الالتزام بإسداء النصيحة أو في الالتزام بالتحذير أو في الالتزام بالإعلام.

فلم يعد العقد صاحب السطوة الأولى في مجال إنشاء الالتزامات كما لم يصبح لمبدأ سلطان الإرادة ذلك الدور المحوري في إنشاء العقد وتحديد مضمونه، لقد تراجع مبدأ الحرية التعاقدية على أكثر من مستوى سواء تعلق الأمر باختيار المتعاقد أو تحديد مضمون العلاقة العقدية بحكم تزايد جرعة القواعد الآمرة، بل وقد وصل الأمر إلى فرض عقوبات جنائية عند الإخلال ببعض الالتزامات هي بحسب الأصل تمس قطاعات عقدية[1].

فالعقد لم يعد العقد اتفاق إرادتين، أو أكثر فحسب، كما لم يعد للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في إدراج بنود العقد و أحكامه كما كان العمل به في ظل أحكام المذهب الفردي، لقد تدخلت عوامل عدة كالتحولات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية و الثقافية،

---

[1] – كما في عقد الاستهلاك حيث تترتب مجموعة من العقوبات على المهني الذي لا يحترم المقاييس العلمية والمواصفات القانونية في المنتوج أو الخدمة مما قد يسبب أضرار جسمانية للمستهلك (المواد من 68 إلى 93 من القانون رقم 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009، ج ر، العدد 15.

و مبدأ التوازن العقدي و حماية الطرف الضعيف و النظام العام و الآداب العامة فأصبحت كل هذه العوامل و غيرها تشارك أطراف العقد في تحديد شروطه و في ترتيب آثاره[1].

لقد تدخلت الدولة في العملية التعاقدية من أجل تحقيق المصلحة العامة والتي هي أساس قوام المجتمع و هذا من أجل تنظيم العقد، و بالتالي تقييد الحرية التعاقدية لتحقيق مجموع الأهداف المتوخاة من هذا التنظيم[2].

إن هذا التنظيم يرتكز أساسا على التشريع أي مجموع القواعد القانونية التي تستخدمها الدولة في تنظيم العملية التعاقدية بقواعد قانونية تتسم بصفة العمومية و التجريد و ذلك بما لها من سيادة و سلطان فتتدخل في سن بنود العقد بالكيفية التي تراها مناسبة لتحقيق الأهداف المتوخاة و هي بذلك تقيد حرية الأفراد بشكل أصبح فيه العقد محاطا بمجموعة من القيود التي لا يمكن تجاوزها تحت طائلة بطلان العقد، و الغاية من كل ذلك هو تحقيق المصلحة العامة[3].

إن مفهوم المصلحة العامة يجب أن يفهم في إطاره الصحيح، فهو و إن كان ينظر إليه بأنه مصلحة المجتمع، إلا أن هذه المصلحة تشمل أيضا مصلحة الطرف الضعيف في العقد بقصد إحداث نوع من التوازن في العلاقات العقدية، فهو مفهوم مرن و واسع و يكاد يشمل كل ما يلبي الصالح العام ككل بمفهومه الواسع.

إن تدخل المشرع من أجل إعادة توازن العقد لا ينبغي أن يفهم منه بأنه تصادم مع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، و هو المبدأ الذي ينص عليه المشرع صراحة في القانون المدني (المادة 106 منه)، فالعقد لم يصبح ذلك المفهوم الذي يشغل بال الطرفين المتعاقدين فحسب

---

[1] MagdiSobhy Khalil, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit comparé, France-Egypt-U.R.S.S, Thèse de doctorat, Université de Paris, 1966, P.371.

[2] René Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui, 3ème édition, Dalloz, Paris, 1964, P.85.

فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.19 في الهامش.

[3] Durand Brice, La publicisation du droit privé, mémoire de DEA, université panthéon-Assas (Paris II), 2001, P.10

بل أصبح من اهتمامات المشرع أيضا، و بأن غرض المشرع من اهتمامه بالعقد إنما هو بهدف تحقيق المساواة الحقيقية و ليست المساواة المجردة فحسب.

إن التوازن العقدي لا يمكن أن يتحقق بمجرد توفر حرية التعاقد لدى الطرفين المتعاقدين فحسب، فالحرية المطلقة بدون ضوابط قد تكون هي السبب في اللاتوازن، و من ثم كان يجب على المشرع التدخل عن طريق نصوص قانونية آمرة، و لا يجب أن يفهم ذلك بأنه يتعارض مع مبادئ المذهب الفردي و التي تنادي بأن ما جاء في العقد لا يجوز تعديله و لو كان ذلك بدافع إعادة توازنه[1].

إن فكرة إعادة توازن العقد عن طريق المشرع ينبغي أن تتم وفق الآليات التي سنها المشرع سواء كان ذلك عن طريق ما ورد النص عليه في القواعد العامة أو عن طريق ما هو موجود في القواعد الخاصة، ففي القانون العام الداخلي لا أثر للمبدأ باعتبار قواعد هذا الأخير تتعلق بالصالح العام فقط، لذلك فإن مجال المبدأ هو القانون الخاص فحسب، و حتى في فروع القانون الخاص يتفاوت الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة من قانون لآخر، فينعدم تواجد دور الإرادة في بعض العقود كعقد العمل[2]، و في قانون الأسرة فالمبدأ و إن كان يبرز في مجال إبرام عقد الزواج إلا أن إعمال المبدأ ينعدم بتاتا في آثار العقد، بينما يتسع مجال المبدأ في القانون التجاري باعتباره عصب الحياة التجارية خصوصا بعد تعديله[3].

ونظرا لاتساع دائرة هذه المعطيات وشساعة مجال هذه الدراسة وتعقدها، فإننا نستعرض بداية ضرورة تكييف العقد مع التغيرات الجديدة في العلاقة العقدية (المبحث الأول)، كل ذلك بغرض إضفاء الطابع الاجتماعي على مفهوم العقد (المبحث الثاني).

---

[1]''La mise en œuvre du concept d'équilibre contractuel semble en effet remettre en cause la liberté contractuelle, puisque le droit pourrait imposer un équilibre ou sanctionné des déséquilibres''.

Laurence Fin-Langer, L'équilibre contractuelle, thèse, université d'Orléans, 2001, P.55.

نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص.136.

[2] المادة 136 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

[3] التعديل المؤرخ في 06 فيفري 2005.

المبحث الأول: ضرورة تكييف العقد مع التغيرات الجديدة في العلاقة العقدية

لقد خضع العقد لجملة من التغيرات العميقة التي مست مختلف جوانبه سواء تعلق الأمر بالحرية التعاقدية (المطلب الأول)، أو من حيث مضمون العقد (المطلب الثاني)، أو من حيث القوة الملزمة للعقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تراجع الحرية التعاقدية من الحرية المطلقة إلى الحرية النسبية

الأصل هو أن مبدأ الرضائية هو الذي يترجم حرية المتعاقدين في كيفية إبرام العقد، وفيما إذا كان توافق الإرادتين كاف لإنشاء الالتزام دون حاجة لإفراغ هاته الإرادة في شكل مخصوص أو في قالب معين، وقد تجلى ذلك من خلال اعتماد المشرع الجزائري الرضائية كمبدأ عام في التعاقد حيث تنص المادة 59 مدني "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" أو كما يقول الفقيه الفرنسي Loysel "ترتبط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها"[1]، ثم أن الرضائية أصبحت تلائم التزايد المستمر للعقود مما يقتضي البساطة والسرعة في التنفيذ والحد من التكاليف خصوصا وأن الكثير منها ذات قيمة معتبرة[2].

فبمقتضى مبدأ الرضائية يمكن للإرادة أن تنشئ ما تشاء من العقود دون أن تتقيد بالعقود التي نظمها المشرع في القانون المدني تحت باب العقود المسماة، كما لها ألا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود، بل يكون لها بما لها من سلطان الحرية، التضييق من هذه الآثار أو الزيادة فيها أو حذفها، كما لها أن تعدل من هذه الآثار بعد قيامها ولها الحرية في إنهاء العقد بعد قيامه كل ذلك في إطار عدم المساس بالقواعد

1- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.291.

زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 1987، ص.15. أورده علي فيلالي في المرجع السابق.

حشود نسيمة، الشكلية في البيع العقاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بدون تاريخ النشر.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص.141.

عماد الدين الشربيني، المرجع السابق، ص.222.

الآمرة[1]، إلا أن تغير الظروف الاجتماعية و الاقتصادية أدى إلى وجوب الاعتناء بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد[2]، لذلك انتقص المشرع من المبدأ عندما أورد مجموعة من القيود عليه سواء في ظل أحكام القانون المدني أو في غيره من التشريعات الأخرى.

فحرية التعاقد لم تصبح مبدأ مطلقا، حيث لم يعد يسمح للأفراد بالتعاقد على أشياء تخالف النظام العام، و لم تصبح الإرادة حرة في تحديد مضمون الالتزامات، كما لم تعد حرة في إنهاء العقد أو تعديله.

و ما يفسر هذا التدخل من طرف المشرع هو وجوب قيام العقد متوازنا بين المتعاقدين و متماشيا مع المبادئ الاجتماعية و الاقتصادية في المجتمع، و لا يعني ذلك زوال نظام العقد الحر بقدر ما هو تنظيم جديد للعقد. .

فالعقد الموضوعي هو العقد ذاته، و لكنه أصبح يخضع لمقتضيات النظام العام بمفهومه الواسع، و لذلك يقترح جانب من الفقه إطلاق مصطلح "موضوعية الإرادة" بدلا من "سلطان الإرادة"، و بذلك يحافظ العقد على طابعه الإرادي من جهة، كما يحتفظ بمفهومه الخاص به طبقا للقانون من جهة أخرى[3].

و يرى هذا الجانب من الفقه أن هذا المصطلح إنما يقصد به "إمكانية الإرادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية و في تحديد مضمون العقد، وفقا للحدود التي يرسمها القانون بالاستناد إلى المصلحة العامة و النظام العام و السياسة الاقتصادية العليا للدولة و باستخدام معيار العدالة"[4].

---

[1]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.25.

بسام مجيد سليمان، أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.5.

زهير ظريف، حدود سلطة القاضي في عقود الإذعان في القانون المغربي والمقارن، دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2002-2003، ص70

[2]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص.42.، حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.ص.44-45، بسام مجيد سليمان/أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.11.

[3]- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2002، ص.48.

[4]- بسام مجيد سليمان/أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.14.

لذلك فإن مبدأ الرضائية، وإن كان هو القاعدة المثلى في إبرام العقد خصوصا في ظل انتشار المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ بالصيغة التي نشأ بها لم يعد كذلك، فمع مطلع القرن العشرين، ولأسباب متعددة أصبحت ترد على هذا المبدأ الكثير من القيود والتي تحد من مبدأ الرضائية وذلك لأسباب اجتماعية واقتصادية وخدمة للمصالح الفردية بما في ذلك المصلحة العامة، وهي قيود أصبحت تمس العلاقة العقدية سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون أو من حيث القوة الملزمة للعقد[1].

فمن حيث الشكل أصبحت الإرادة مقيدة بالشكل الذي أصبح يفرضه القانون في بعض التصرفات باعتباره ركنا إضافيا، إلى جانب التراضي لا غنى عنه لقيام العقد، كالتصرفات التي يكون محلها عقارا أو حقا عينيا على عقار، أو كما في بعض المنقولات لقيمتها مثل التصرفات الواردة على المحل التجاري، (المادة 324 مكرر[2] مدني والمادة 79 تجاري) ومن شأن تخلف هذا الركن بطلان العقد.

وقد تشترط الشكلية لإثبات التصرف فمثلا تشترط الكتابة كلما زادت قيمة التصرف عن 100.000دج أو كان غير محدد القيمة حيث لا يجوز إثباته إلا كتابة (المادة 333 مدني) وكالكفالة أيضا حيث لا يجوز إثباتها إلا كتابة (المادة 645 مدني)[3]، وكما في عقد

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.292.

[2]- ومن صور الشكلية اللازمة لانعقاد العقد الوعد ببيع العقار (المادة 2/71 مدني)، وفي انعقاد الرهن الرسمي(المادة 883 مدني)، وكما في حق التخصيص (المادة 941 مدني) وكما في الهبة في العقار (المادة 202-206 أسرة)، وكما في عقد الايجار (المادة 467 مكرر مدني)، وكما في عقد الشركة المدنية (المادة 418 مدني) وقد تشترط الكتابة العرفية كما في عقد المرتب مدى الحياة(المادة 615 مدني)، و في العارية يجب تسليم الشيء المنقول محل العارية إلى المستعير (المادة 538 مدني)، و في الوديعة أيضا (المادة 590 مدني). زواوي محمود، المرجع السابق، ص.15.

[3]- عبدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص32.، أنظر ايضا قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية بتاريخ 2001/02/14، الملف رقم 214256، المجلة القضائية، 2002، 1 والتي أقرت بأن المادة المنظمة لعقد العارية لم تشترط إخضاع العقد لشكلية معينة، وعليه فالقضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون، (الملف رقم 214256) المجلة القضائية، 2002، 1، 191.

ورغم أن الشكلية للإثبات ليست مطلوبة لانعقاد التصرف، إلا أنها ومع ذلك تعتبر قيدا على الإرادة لأنها تخلفها قد يؤدي إلى ضياع الحق متى لم يتوفر دليل آخر للإثبات كالإقرار أو اليمين (المواد 323 إلى 332 مدني) ، أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.83 في الهامش.

المقاولة (المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المتعلق بشروط الانتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري).

وقد يكون الشكل مطلوبا لنقل الملكية كالقواعد التي تعنى بنقل الحق العيني العقاري والمتمثلة في قواعد الشهر العقاري(المادة 165 مدني وكذا المادة 793 مدني)[1].

وإذا كانت الشكلية المعروفة هي تلك الحالات التي ورد النص عليها في القانون كقيد على المبدأ العام ألا وهو مبدأ الرضائية، إلا أن البعض قد توسع في مفهوم الشكلية حيث يرى بأنها أوسع من ذلك بكثير حيث يرى بأن الرضائية ذاتها تدخل في نطاق الشكلية في إطار ما يسمى بالشكلية غير المباشرة، فالرضائية ذاتها تستلزم بدورها شروطا يتعين على الأفراد الالتزام بها كطريقة التعبير عنها، وإلا أصبح التعبير عنها بدون فعالية ومنها شكلية الكتابة العرفية، وفي المقابل تؤدي الشكلية دورها في حماية المصلحة العامة خصوصا في الجانب الاجتماعي والاقتصادي، بالإضافة إلى ما تحققه من موارد مالية على الخزينة العامة مقابل إبرام العقد[2] وتنفيذه، بل إن الشكلية لم تصبح ضرورية فقط لإنشاء

---

[1]– نظم المشرع الجزائري الشهر العقاري بالأمر رقم 75-74 المؤرخ في 22 نوفمبر 1975.، أنظر أيضا المادة 793 مدني والتي تنص "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة العقار" وفي نفس المعنى ورد نص المادة 165 مدني.

موسى نسيمة، حجية العقود المشهرة، مذكرة ماجسيتر الجزائر، 1999، بدون تاريخ نشر، ص 41، صداقي عمر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير ، الجزائر، 1984، ص65.

ولقد وردت قرارات عن المجلس الأعلى منها الملف رقم 23156 المؤرخ في 1982/03/17 والذي ورد فيه أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بالإشهار، نشرة القضاة، السداسي الأول، 1982، ص133.

قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية الصادر في 1999/12/07، الملف رقم 203162 والذي أكد عدم انتقال ملكية عقار محرر من قبل موثق دون شهر التصرف، المجلة القضائية، 2002، ص248، علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 313.

[2]– زواوي محمود، المرجع السابق، ص31.

الالتزام أو نقله كما في التعامل في الحقوق العينية العقارية، بل وأصبحت مطلوبة أيضا للإثبات[1].

إن الشكلية وبغض النظر عن المقصود منها قد أصبحت تمثل قيدا على مبدأ الرضائية مما أدى إلى تراجع هذا المبدأ وتناقص أهميته بشكل ملفت للنظر، لقد أصبحت تحمي المتعاقد من التسرع في إبرام العقد وعدم التأكد من جدوى التصرف، بل ومن سلامة الرضا وشروط العقد ومضمونه، وكذا النزاعات فيما بين الأفراد[2].

المطلب الثاني: تراجع الحرية التعاقدية من حيث مضمون العلاقة العقدية

أما من حيث مضمون العلاقة العقدية فقد أصبح هناك تراجع كبير عما كانت تؤديه إرادة الأطراف المتعاقدة من قبل، حيث أصبحت العلاقة العقدية تخضع لمجموعة من القيود الاجتماعية والاقتصادية وكذا اتساع دائرة القواعد الآمرة[3].

فالكثير من الشروط العقدية أصبحت غير مشروعة بعد أن أصبح القانون هو الذي ينظم بنفسه وبطريقة ملزمة مركز الطرفين المتعاقدين[4] كما في قانون العمل وفي قانون الاستهلاك وفي منع الشروط التعسفية في العقود كالتي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين، وكما في عقود الإذعان أو في العقود النموذجية، وأحيانا يكون الشخص حرا في التعاقد، لكن

---

[1]– الشكلية المطلوبة للإثبات ورغم أنها ليست شكلية مطلوبة لانعقاد العقد، إلا أنها ومع ذلك تعتبر قيدا على الإرادة لأن تخلفها قد يؤدي إلى ضياع الحق ما لم يتوفر دليل آخر للإثبات كالإقرار أو اليمين(المواد 323 إلى 332 مدني).

–أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص83 في الهامش.

–عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، فقرة 36، ص52.

[2]– كما يقول الفقيه الألماني "اهرينج" في هذا المعنى " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"، علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص292.

زواوي محمود، المرجع السابق، ص31.

–حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص80.

[3]– رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص.79.

[4]– أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.140.

إذا قرر التعاقد وجب عليه التعاقد مع شخص معين بذاته كما في الشفعة[1]، وأحيانا يكون الشخص ملزما بالتعاقد دون رضاه كما في عقد التأمين[2] بل وقد يتم تحديد مضمون العقد عن طريق سلطة خارجة عن إرادة الأطراف كمنح القاضي سلطة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وتطويع العقد[3]، بحيث يستجيب لمتطلبات العدالة وقواعد الأخلاق، وقد يحل المشرع محل المتعاقد في صياغة بنود العقد كما في عقد العمل أو في العقود النموذجية كعقد التأمين، وقد تتم صياغة العقد عن طريق التنظيمات المهنية أو النقابية والتي من شأنها أن تضع قيودا على التعاقد، كما وضع المشرع سياجا عاما يحمي به التصرفات الصادرة مهما كان نوعها، وهو ما يعرف بالنظام العام والآداب العامة، والذي أصبح قيدا على الإرادة عند إنشاء التصرف (المواد 93 معدلة، 97، 98 مدني)[4].

---

[1]- المادتان 794 و 795 مدني.

[2]- المادة 794 مدني، الأمر رقم 74-15 الصادر في 74/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض الأضرار.

-« Le juge ajoute au une obligation laquelle les parties n'avaient pas sange, et peut être même qu'elles avaient implicitement écartée », Laurent Leveneur du contrat, droit et patrimoine, no 58, Mars 1998, P.69.

أشار إليه حدى لالة، المرجع السابق، ص.77.

-زهير ظريف، المرجع السابق، ص71.

[3]- Le forçage du contrat

و هو أن يضيف القاضي إلى العقد التزاما لم يكن يخطر ببال المتعاقدين أو ربما أرادوا تجنبه خلسة.

حدي لالة، المرجع السابق، ص.71.

أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.ص.144-145.

[4]- قضية رقم 43098.

قرار بتاريخ 1987/04/12م.ق سنة 1990، عدد 4، ص.85، 86، 87.

قرار المحكمة العليا:

من المقرر قانونا "أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

لما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازع عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا، خالفوا القانون. و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

كما استحدث المشرع قيودا أخرى على الإرادة لدى تكوين العقد حيث أخذ بنظرية عيوب الرضا كالغلط[1] و التدليس[2] والإكراه، والتي من شأنها أن تجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة الطرف الذي وقع ضحية العيب (المواد 81 إلى 89 مدني).

وفي عدم التعاقد قيد المشرع الموجب بالبقاء وعلى إيجابه إذا حدد ميعادا للقبول قبل انقضاء الميعاد المتفق عليه (المادة 63 مدني).

كما أخذ بنظرية الغبن الاستغلالي، بحيث لا يجوز للعاقد أن يستغل ما قد يعتري العاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح يكون دافعا إلى التعاقد حيث يجوز للقاضي التدخل بناء على طلب المغبون إبطال العقد أو انقاص التزامات هذا الأخير (المادة 90 مدني). كما قيد المشرع الإرادة بوجوب توفر أهلية التعاقد (المادة 40 مدني).

وفي عقود الإذعان لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضارا بمصلحة الطرف المذعن (المادة 2/112 مدني)، كما أنه إذا تضمن العقد شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها (المادة 110 مدني)

---

[1]-قضية رقم 49339 قرار بتاريخ 1988/11/14م.ق سنة 1990، عدد 4، ص.147، 148، 149.

قرار المحكمة العليا:

من المقرر قانونا أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله، ومن المقرر أيضا أنه يعتبر الغلط جوهريا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد

و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يلتزم بالعقد، إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده، دون أن يقدم هذا الأخير أية وثيقة تثبت صفته هذه، فإن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم المستأنف القاضي على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده أجوره المستحقة، خرقوا القانون، متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

[2]-ملف رقم 233625، تاريخ القرار 2001/01/17 م.ق.

قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية)

يجوز إبطال العقد التأسيسي إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، إن قضاة الموضوع بإبلاغهم سند البيع مع إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومنح تعويض للمطعون ضدها لكون الطاعنين ارتكبا تدليسا باستعمال حيلة لإبرام العقد، فإنهم قد أحسنوا تطبيق المادة 86 من القانون المدني.

وفي عقد القرض، فإنه متى انقضت مدة ستة أشهر على القرض، جاز للمدين أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم ذلك خلال أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ الإعلان، كما أن حق المقترض في الرد لا يجوز إسقاطه أو تحديده بمقتضى الاتفاق (المادة 458 مدني)، وفي عقد التأمين أبطل المشرع كل الشروط التي ترد في وثيقة التأمين والتي تكون ضارة بالمؤمن له (المادة 622 مدني)، و في إدارة المال الشائع أعطى المشرع للشركاء الذين يملكون على الأقل $3/4$ المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية ما يرونه مناسبا على أن يعلنوا عن قراراتهم إلى باقي الشركاء (المادة 717 مدني)، كما يعمل برأي الأغلبية فيما يتعلق بإدارة المال الشائع (المادة 716 مدني)، وفي هذا خروج عن مبدأ سلطان الإرادة، ورعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك على الشيوع، وقد تتم قسمة العقار الشائع بالتراضي بين المتعاقدين أو بحكم من القضاء، فإن تم بحكم من القضاء لم يكن هناك أي اعتبار لرضا الشركاء (المادة 724 مدني)[1].

وبالنسبة لأجر الوكيل، فإنه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي (المادة 581 فقرة 2 مدني)، وبالنسبة لحصة الشريك في الشركة، يعتبر العقد باطلا في حالة الاتفاق على عدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في خسائر الشركة (المادة 426 فقرة 1 مدني)، وفي قسمة المال المشاع، حيث يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (المادة 732 مدني).

وفي ملكية الأسرة يتولى الإدارة مدير تعينه الأغلبية، كما يتم عزله بنفس الطريقة أو من طرف المحكمة (المادة 741 مدني).

[1]– كما أن للشركاء الذين يملكون على الأقل 4/3 المال الشائع في أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية (المادة 720 مدني) للمزيد من القيود الواردة على الإرادة فيما يخص المال الشائع المواد (721، 727، 729، 732، 741 مدني)

وقد حدا بالمشرع في بعض الحالات أن يقوم بالتضحية بالمبدأ، بأن أحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما ورد في المادة 65 مدني، والتي تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

كما أحل المشرع إرادة القاضي محل المتعاقد كما في الغبن الاستغلالي (المادة 90 مدني معدلة)، و نفس الشيء عندما يتضمن العقد شروطا تعسفية كما في عقد الإذعان، حيث يجوز للقاضي أن يعدل من هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها حسب ما تقضي به العدالة (المادة 110 مدني)، كما أن للقضاء دور هام فيما يخص تفسير العقد متى كانت عبارات العقد غامضة أو كانت محل شك (المادتان 111، 112 مدني).

ويرى بعض الفقهاء أن المشرع بهذه القيود التي أتى بها، إنما جاء ليخفف من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية التي بالغت في تقديس مبدأ سلطان الإرادة بشكل يتعارض مع العدالة والمصلحة العامة[1].

بل إن تضمين المشرع الكثير من القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لتعلقها بالنظام العام ضمن نصوص القانون المدني، هي في حد ذاتها أفضل وسيلة للتأكد من أن العقد الحر يكاد يصبح عقدا موجها Contrat dirigé، نظرا لتولي المشرع تحديد أهم شروطه، والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الخروج عنها، ولا يكون لهم حينئذ سوى القبول بها أو عدم القبول دون أي تعديل لها.

وقد يأخذ هذا التدخل من قبل المشرع أشكالا مختلفة، فتارة يتخذ هذا التدخل شكل الإجبار على التعاقد فيكون الشخص مجبرا على إبرام عقد معين مع ترك الحرية لاختيار

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، ج 1، المرجع السابق، ص.ص.80، 81.
أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.487.

المتعاقد الآخر[1]، وتارة يكون التدخل في شكل الحد من الحرية في اختيار المتعاقد الآخر[2]، وقد يتخذ التدخل صورة الحد من حرية المتعاقد في تحديد سعر المنتوج أو الخدمة كما هو الشأن بالنسبة للأسعار الجبرية الخاصة ببعض السلع الضرورية كالحليب والخبز مثلا أو الخدمات الضرورية للمستهلك[3].

---

[1]-كما في عقد التأمين على السيارات أو على المنازل، الأمر 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات، وبنظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 فيفري 1974، السنة 11، العدد 15، ص.230، وكما هو الشأن بالنسبة لقانون الخدمة الوطنية، وكما في ضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة العامة، قبل التعاقد وكذا في تدخل الدولة لتحديد أسعار بعض السلع والأجور.

خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.ص.58-61.

حليس لخضر، المرجع السابق، ص.58.

[2]- مثلما ورد النص عليه في القانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، الذي يلزم رب العمل استخدام نسبة معينة من المعوقين المؤهلين (القانون 99-34)، ومثاله أيضا ما كان يجرى به العمل في عقد الإيجار التجاري عندما كان المؤجر ملزما بتمديد مدة الإيجار لصالح المستأجر والذي كان يسمى بالإمتداد القانوني لعقد الإيجار، متى اكتسب المستأجر القاعدة التجارية، غير أن هذا الحق زال بعد صدور المرسوم التشريعي 03/93 ونموذج عقد الإيجار، حيث اختل التوازن بين مصلحة المؤجر ومصلحة المستأجر.

محمدي فريدة، التوازن في العلاقات التجارية طبقا للمرسوم التشريعي 03/93، ونموذج عقد الإيجار، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم 02، سنة 2000، ص.71.

[3]- ومن بين القيود الأخرى ما ورد في النصوص التالية:

- المرسوم التنفيذي رقم 94-245 المؤرخ في 10 أوت 1994 يتضمن تحديد تعريفات الكهرباء الغاز، ج ر، العدد 4، 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 94-246 المؤرخ في 10 أوت 1994 يتضمن تصنيف المنتوجات والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، ج ر، عدد 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 94-95 المؤرخ في 23 أفريل 1994 يتضمن تصنيف المنتوجات والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، د ر، عدد 24.
- المرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار ، ج ر، عدد 17 المؤرخ في 30 مارس 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 95-119 المؤرخ في 26 أفريل 1995، المتضمن السلع و الخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، ج.ر، العدد 25 المؤرخ في 03 ماي 1995.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-31 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، ج ر ، عدد 4، المؤرخ في 17 يناير 1996.

وبحكم ازدياد مثل هذا التدخل وتشعبه، والذي أصبح يشمل أغلب العقود المبرمة سواء المسماة منها أو غير المسماة، يرى البعض أنه قد تجاوز المبررات التي وجد من أجلها، بل وقد أصبح قيدا على حرية التعاقد ومن ثم على التطور، وأن من شأن المبالغة فيه أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي ويؤثر سلبا على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية

- المرسوم التنفيذي رقم 96-32 المؤرخ في 15 يناير 1996، يتضمن تحديد الربح عند إنتاج بعض المنتوجات الاستراتيجية وفي مختلف مراحل توزيعها، ج ر، عدد 4، 1996.
- المرسوم التنفيذ ي رقم 96-33 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تحديد سعر البيع عند دخول النفط الخام إلى المصفاة وعند الخروج منها، وحدد ربح توزيع المنتوجات المكررة المخصصة للسوق الوطنية بالجملة ، ج ر ، العدد 4، 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-34 المؤرخ في 15 يناير 1996، يتضمن تحديد أسعار المنتوجات البترولية وحد ربح تكرير البترول الخام، ج ر، عدد 4، 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن تحيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج ر، عدد 4، 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-36 مؤرخ في 15 يناير 1996، يتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، ج ر، عدد 4 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-37 المؤرخ في 15 يناير 1996، يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر الموضب عند إنتاجه وفي مختلف مراحل التوزيع، ج ر، عدد 4، 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-38 المؤرخ في 15 يناير 1996، يتضمن تعريفة نقل المسافرين والبضائع التي تقوم بها الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج ر، عدد 4، 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-39 المؤرخ في 15 يناير 1996، يتضمن تعريفة نقل الركاب برا، (خدمة الركاب)، ج ر، عدد 4، 1996.
- الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997، والذي يحدد المدة القانونية للعمل، ج ر، عدد 43، المؤرخ في 10 يوليو 1996.

المرسوم الرئاسي رقم 2000-392 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 المتعلق بالحد الأدنى للأجر المضمون، ج ر، عدد 75، المؤرخ في 10 ديسمبر 2000.

كما يؤثر على الروابط العقدية، وكان الأجدر أن يكون مجرد استثناء يستهدف تفادي المساوئ والتغيرات التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة لا غير[1].

وقد يتم الأخذ بالإرادة الظاهرة حيث ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، (المادة 61 قانون مدني)

وفي شراء الحقوق المتنازع فيها فإنه يمنع على القضاة والمدافعين القضائيين والمحاميين والموثقين وكتاب الضبط شراء هذه الحقوق سواء باسمهم أو باسم مستعار إذا كان الحق المتنازع فيه يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (المادة 402 مدني).

كما لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها (المادة 403 مدني).

وفي بيع المريض مرض الموت، فإن البيع لوارث لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، فإن تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال (المادة 408 مدني).

وفي النيابة في التعاقد لا يجوز للنائب أن يشتري لنفسه ما كلف ببيعه بموجب النيابة (المادة 410 مدني) كما لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء باسمهم أو باسم مستعار (المادة 411 مدني).

وفي عقد الاستهلاك يستفيد المستهلك المقتني لأي منتوج أو خدمة من الضمان بقوة القانون (المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش) وكذلك المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات.

---

[1]- حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط.2، بدون دار نشر، 1995، ص.41.

ويتضمن قانون العمل شروطا وتنظيمات تبرر حقوق والتزامات العمال لا تجوز مخالفتها مهما كانت أساليب العقود المبرمة، فظهرت الاتفاقات الجماعية للعمل التي تعالج مختلف المسائل المتعلقة بشروط العمل والتشغيل والضمانات الاجتماعية مختلف أنواعها ونظام الأجور والتعويضات والحوافز[1]. كما وضعت أحكاما خاصة ببعض الفئات العمالية كعمل الأطفال والقصر، وكعمل النساء[2]، كما تم تنظيم عمل العمل الأجانب[3].

المطلب الثالث: تراجع الحرية التعاقدية من حيث القوة الملزمة للعقد

كما تراجع مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل ومن حيث المضمون تراجع أيضا من حيث أثر العقد أو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد، والذي يقضي بأن العقد متى انعقد صحيحا واستوفى أركانه وشروطه فإنه يصبح بمثابة قانون للمتعاقدين لا يمكن تعديله ولا إنهاؤه إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي ينص عليها القانون (المادة 106 مدني)[4].

غير أن هذا المبدأ فقد الكثير من سطوته، وذلك بسبب تدخل المشرع في الكثير من الحالات فيما يخص القوة الملزمة للعقد مراعيا في ذلك التوازن العقدي الذي تفرضه الظروف أو مصلحة الأطراف المتعاقدة، و الذي ينبغي أن يسود العقد ليس فقط لدى إبرامه، بل يجب أن يستمر هذا التوازن إلى حين تنفيذه، خصوصا و أن الاختلال في التوازن قد يطال أي فترة من حياة العقد، بل و قد تكون مرحلة التنفيذ أكثر خطورة، لذلك كانت الحاجة ماسة للبحث عن وسائل من شأنها إمكانية استعادة التوازن كلما تعرض العقد للاختلال.

فالقوة الملزمة للعقد لا تأتي من التعهد ذاته، و لكن من القيمة أو الأهمية التي منحها القانون لهذا التعهد، فهي لا تفرض بنفسها بمعزل عن النظام القانوني، و إلا تحولت إلى نظام أخلاقي أو أدبي بحت من شأنه أن يمكن المتعاقد من التحلل من التزامه متى شاء، و

---

[1]- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 الأمر رقم 96-21 المؤرخ في 9 يوليو 1996 (المواد من 114 إلى 137 منه).

[2]- المواد 15، 16، 17، 28 من القانون رقم 90-11.

[3]- القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11 جويلية 1981، الخاص بكيفيات اللجوء إلى اليد الأجنبية.

[4]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.8.

بعبارة أخرى فلو قيل بأن مصدر القوة الملزمة للعقد هي الإرادة المحضة للمتعاقد فما الذي يمنعها بأن تهدم ما صنعته بنفسها و أن تتحل مما أبرمته، فالنية المشتركة للمتعاقدين لا يمكن أن تكون كافية في ذاتها لتقييد الطرفين، بل إنها لا تقدم سوى مشروعا لا يقيد الطرفين إلا إذا كان مدعما من طرف سلطة خارجية أقوى منها هي سلطة القانون.

و لعل هذا ما يفند الاتجاه شديد التطرف لمبدأ سلطان الإرادة، و الذي يعتقد بأن الإرادة تستمد قوتها الملزمة من ذاتها، و بأن العقد يكفي بذاته و بأنه لا حاجة إلى أية قاعدة أخرى كي يفرض العقد نفسه على الطرفين، فالعقد إنما يستمد قوته الملزمة ليس من ذاته و لكن من قاعدة خارجة عنه فالسلطة المعترف بها للإرادة الفردية ليست إذن سلطة أصلية و لكنها سلطة تبعية[1].

وفي سبيل تحقيق ذلك ظهرت نصوص تحل محل النصوص المنظمة للعلاقة العقدية، وقد يكون التدخل عن طريق القاضي الذي يخوله المشرع صلاحية التدخل في العقد بالتعديل أو بالإعفاء من بعض الشروط والالتزامات بقصد إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين فمثلا أصبح المشرع يتدخل في العلاقة العقدية بفرض قيود، غير أن هذا التدخل يتفاوت من عقد لآخر فقد يكون التقييد كاملا كما في عقد العمل والذي جاءت قواعده آمرة حماية للطبقة العمالية أو كما في عقد الاستهلاك أو في عقد التأمين.

وقد يكون التقييد جزئيا كما في نص المادة 104 مدني[2]، وقد يسقط الدين بالتقادم المسقط أي بمرور خمسة عشرة سنة (المادة 308) باستثناء الحالات المذكورة في المواد 309، 310، 311 و312 مدني.

وقد يرتب العقد أثره ليس فقط في العلاقة ما بين المتعاقدين، بل قد يشمل الغير أيضا كما في انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، ما لم يرد نص يخالف ذلك (المادة 108

---

[1]– TERRE (François), SIMER (Philippe) et LE QUETTE (Yve), op.cit, P.25.

[2]–و التي تنص "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

مدني)، كما قد يرتب أثره إلى الخلف الخاص (المادة 109 مدني)، ومنها أيضا التعهد عن الغير (المادة 114 مدني) والاشتراط لمصلحة الغير (المادة 116 مدني).

و قد يخول المشرع للقاضي صلاحية تعديل شروط العقد أو إلغاء البعض منها كالشروط التعسفية بقصد إعادة التوازن في العلاقة العقدية خصوصا و أن الاختلال في التوازن قد يطال أي فترة من حياة العقد، بل و قد تكون مرحلة التنفيذ أكثر خطورة، لذلك كانت الحاجة ماسة للبحث عن وسائل من شأنها إمكانية استعادة التوازن كلما تعرض العقد للاختلال، كما أن القاضي لم يعد حارسا فحسب ولكنه أصبح يمثل المصلحة العامة أيضا، فبموجب سلطة القاضي فإنه متى تضمن العقد شروطا غامضة في العقد، فإن القاضي لا يبحث عما كان يقصده المتعاقدان فحسب ولكنه يبحث أيضا فيما إذا كانت بنود العقد هاته تتلائم مع طبيعة المعاملة ومبادئ العدالة السائدة في المجتمع وعدم مخالفتها للقانون والعرف والعدالة (المادة 65 مدني).

وفي هذا المعنى تشترط المادة 110 مدني على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وإذا كانت شروط العقد ملزمة لأطرافه من حيث المبدأ، إلا أن القانون وفي حالات كثيرة قد يأخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية والأمور المستعجلة التي قد تؤثر بشكل مباشر على بنود العقد، فقد يتجاوز القانون آثار العقد سواء بشكل مباشر أو بواسطة القاضي والتي رتبها العقد، ومثال ذلك ما ورد النص عليه في المادة 107 فقرة 3 مدني والتي تنص "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا بالنسبة للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما خول المشرع للقاضي أن يمنح لبعض المدينين مهلة للوفاء بالدين (المادة 210 مدني).

و في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه جاز للقاضي، حسب ملابسات القضية و مصلحة الأطراف، أن يقضي بفسخ العقد أو أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه (المادة 119، الفقرة 2 مدني).

و في الالتزام الطبيعي الذي لا يجبر المدين فيه على الوفاء يكون للقاضي سلطة التقدير عند عدم النص فيما إذا كان هناك التزام طبيعي بشرط ألا يخالف النظام العام (المادة 161 مدني).

و حسب المادة 171 مدني ففي الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام (المادة 171 مدني).

و في التزام المدين بالامتناع عن العمل ثم أخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب من القضاء ترخيصا لإزالة ما وقع مخالفا للالتزام (المادة 173 مدني)، و طبقا للمادة 174 مدني فإنه إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا إذا قام به المدين جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بالتنفيذ و بدفع غرامة إن امتنع عن ذلك.

و حسب المادة 175 مدني فإنه متى أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض مراعيا في ذلك مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، و في التنفيذ بطريق التعويض فإنه إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم على عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه (المادة 176 مدني).

و في التنفيذ بطريق التعويض يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه (المادة 177 مدني).

و حسب المادة 182 مدني فإنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فإن القاضي هو الذي يحدده.

و حسب المادة 2/184 مدني فإن للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في العقد إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه.

كما اعترف المشرع للقاضي بالتدخل لتعديل الشرط الجزائي في حالتين:

الأولى: متى نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، أو كان تقدير التعويض مبالغا فيه حيث يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض، و الثانية زيادة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر و أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطئا جسيما (المادة 185 مدني).

كما أن للقاضي حسب المادة 187 مدني أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا إذا تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع.

و بموجب المادة 561 فقرة 3 مدني و التي تنص على أنه "..إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

و مثل هاته الحالات المذكورة أعلاه إنما هي أمثلة فقط للحد من مبدأ القوة الملزمة للعقد و التي ورد ذكرها ضمن نصوص القانون المدني، إلا أننا سنقتصر في بحثنا هذا على تلك التي لها علاقة بالنظام العام الاجتماعي و الاقتصادي للمجتمع الجزائري، التي أصبحت تعبر بحق عن التحول العميق في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة من مبدأ قائم على الحرية المطلقة للإرادة إلى مبدأ تعد فيه هاته الحرية استثناء من المبدأ.

المبحث الثاني: وجوب إضفاء الطابع الاجتماعي على مفهوم العقد

العقد وسيلة لإجراء التعاملات بين الأفراد في المجتمع، و هو التصرف الذي خصه المشرع بإحكام تفصل في كل زواياه سواء عند انعقاده أو لدى ترتيبه آثاره، إلا أنه و بالرجوع إلى هاته الأحكام نلاحظ أنه و رغم الترسانة القانونية من المواد سواء تلك التي وردت ضمن الأحكام العامة لنظرية العقد أو تلك التي خص بها المشرع بعض العقود الخاصة، إلا أنها أصبحت لا تلبي تعقد المعاملات و تنوعها و ظهور صيغ جديدة للعقود و التصرفات القانونية في مختلف مجالات الحياة.

إن أهمية العقد قد أصبحت تقاس ليس بالنصوص القانونية الجامدة فحسب و لكن بمجالات استعماله و بما يرتبه من آثار في العلاقة بين متعاقديه، لذلك كان لا بد من إضفاء الطابع الاجتماعي له بما يحقق الهدف المنشود منه، و لا يكون ذلك ممكنا إلا إذا تم تدعيم النصوص القانونية التي تنظم العقد بمجموعة من الآليات التي تسد النقص في تلك النصوص، و في نفس الوقت تواكب التسارع المذهل في استعمال العقد كوسيلة في المعاملات اليومية من طرف مختلف شرائح المجتمع و هذا ضمانا لإقامة التوازن العقدي من جهة و كذا إضفاء الطابع الاجتماعي على الأحكام و النصوص التي تنظم العقد.

و لأجل إضفاء هذا الطابع الاجتماعي على العقد كان لا بد من إقامة التوازن العقدي كآلية للحد من مبدأ سلطان الإرادة من جهة (المطلب الأول)، و وجوب الأخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية التي قد تستدعي إعادة النظر في أحكام العقد حتى تلائم التطورات الحديثة في مجال التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التوازن العقدي، آلية للحد من مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بالتوازن العقدي التناسب أو التكافؤ أو المساواة[1] في الأخذ و العطاء بين أطراف العلاقة العقدية، و الذي يجب أن يلازم العقد منذ إبرامه إلى حين تنفيذه، وبانعدام التوازن هذا تختل العلاقة العقدية مما يؤدي إلى عدم المساواة بين التزامات المتعاقدين[2].

فالعقد، و بحكم ما يتميز به من أداءات متقابلة، أصبح ينظر إليه كنظام متوازن يتضمن عناصر مترابطة، و التزامات متبادلة[3] مما يستدعي التوازن بين هذه الأداءات تحقيقا للمساواة و العدالة بين أطراف العلاقة العقدية.

و لقد كان ينظر إلى مبدأ سلطان الإرادة على أنه الكفيل بتحقيق العدالة العقدية بحكم حرية الأطراف المتعاقدة, و من ثم يجب إزالة كل العراقيل أمام الأفراد، و عدم التقيد بأية قيود لأن من شأن ذلك المساس بالحرية و من ثم بالتوازن العقدي و لأن كل عقد حر هو عقد عادل.

و رغم أن هذه الأفكار تضمنتها أغلب التشريعات الحديثة متأثرة في ذلك بالمادة 1134 مدني فرنسي[4]، و التي كانت تنظر إلى إرادة الأفراد بأنها الوحيدة التي تحقق التوازن العقدي دون أي اعتبار لمضمون العقد.

---

[1] و قد جاء في لسان العرب لابن منظور "هذا يوازن هذا إذا كان على زنته أو كان محاذيه".
ابن منظور، لسان العرب، مادة "وزن المجلد الخامس عشر"، ط.4، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت 2005، كما جاء في القاموس المحيط "وازنه أي عادله، و قابله و حاذاه، و استقام ميزان النهار أي انتصف"، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مادة "وزن"، دار الفكر، بيروت 2010.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.24.

[3] المادة 57 مدني.

[4] و التي تنص "الاتفاقات المبرمة بوجه شرعي، تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها.
Article 1134/1 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

و الواقع فإن تغير الظروف الاجتماعية و الاقتصادية و غيرها من ظروف المجتمع جعلت من غير الممكن القبول بمبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية بحكم النقائص التي كان يتسم بها و عدم مسايرته لكل هذه التطورات الحاصلة في المجتمع.

و من خلال نظرة المشرع لمبدأ سلطان الإرادة نرى أنه لا بد من إيجاد آلية جديدة[1] تسمح من جهة بإظهار الحرية التعاقدية، و من جهة أخرى مبدأ القوة الملزمة للعقد تماشيا مع مبدأ التعاون لكن مع تغيير الرؤية للعقد كصراع من مصلحتين متعارضتين الى مصلحتين متوازنتين قوامها التعاون النزيه و الثقة المتبادلة[2].

---

[1]Terré (F); Simler (ph); lequette (Y): Droit civil; les obligations; op.cit n°41, p.36.

[2]Jestaz (ph): l'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945. In l'évolution contemporain du droit des contrats. Journées René savetier.poitier. 24-25 Octobre 1985 P.U.F 1986, 117 et sui.

Remy (ph) : droit des contrats: questions, positions, propositions in le droit contemporain des contrats bilan et perspectives, séminaire de l'année 1985-1986 de l'université de Rennu. Economica 1987, p.271 et sui.

الفرع الأول: عدم التوازن العقدي قد لا يعني بالضرورة المساس بالحرية التعاقدية

إن إيجاد هذا التوازن ينبغي ألا ينظر إليه بأنه مساس بالحرية التعاقدية أو بالقوة الملزمة للعقد، لقد تم تدعيم ذلك بوجوب احترام إرادة المتعاقد الأخر من جهة و كذا القيود القانونية التي ورد النص عليها في القانون كل ذلك من خلال المفهوم الجديد للعقد[1]، فالعقد أصبح يستمد قوته من القانون و ليس من إرادة الأطراف المتعاقدة[2].

لقد أصبحت القوة الملزمة للعقد وسيلة لخدمة الصالح العام و العدالة العقدية و في ذلك إعادة للتوازن العقدي.

لقد برزت معطيات جديدة للتعاقد شكلت فيها الحماية الدور البارز في العلاقة العقدية، و لعل أبرز مثال لذلك العقود القانونية المنظمة، و من أهمها عقود الاستهلاك[3]، و هذا بحكم ما كانت تمثله من اختلال كبير، الأمر الذي دفع بالمشرع لأن ينظمها بمجموعة من القواعد الحمائية لتساير التسارع الكبير الذي يميز الاستهلاك و الاخطار التي تشكلها هذه العقود في الحياة اليومية للفرد بحكم أن الكثير من السلع و الخدمات لا تتوفر على الحد الأدنى من المقاييس العلمية و المواصفات القانونية.

---

[1] Terre (F), Simler (ph) lequette (y): droit civil, les obligations ,op.cit n°41, p.36.

[2]Le contrat est l’union d’intérêts équilibres, un instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance, «de son auteur démogue (R): traité des obligations T3, 1931 n°3, cité par thibiergeGuelfucci (cat): libres propos sur la transformation du droit des contrats, in RTD civ n°2. 1997 n°2 p.358, n° de référence 12.

Mestre(J) : l’évolution du contrat en droit français in l’évolution contemporain du droit des contrats 41 et spec p.51. Le contrat « un point d’équilibre nécessaire voire même comme la base d’une collaboration souhaitable entre contractants».

[3] ظهرت أول حماية للمستهلك بمقتضى القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك و قمع الغش و المراسيم المتعلقة به و الملغى بأحكام القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش مرورا بالقانون 04-02 و الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.98 في الهامش.

و بنفس القوة تدخل المشرع أيضا في عقود أخرى كعقد العمل الذي كاد أن يصبح عقدا موجها أو نظاما قانونيا، و هذا بحكم انحسار الإرادة فيه بشكل كبير، و نفس الأمر يقال بالنسبة للعقود النموذجية.

لقد اتسعت وظيفة المشرع في مجال العقد، فبحكم ظهور طوائف جديدة من العقود و التي تبرم بين أفراد طبقتين ليستا على درجة واحدة من المساواة كعقود الاذعان، و حتى لا يستغل الطرف القوي موقفه ظهرت مبادئ جديدة لحكم هذا النوع من العلاقات، لقد أدى اختلال التوازن العقدي هذا إلى إعادة النظر في المفهوم التقليدي لمبادئ العقد.

الفرع الثاني: النفع المتبادل أساس التوازن العقدي

بما أن العقد وسيلة لتبادل السلع و الخدمات، لذلك لا بد أن يتجه إلى تحقيق فائدة معينة و بدونها ينعدم العقد كما ينتفي كل مبرر لوجوده.

لذلك فان لكل عقد سبب[1]، و بدونه لا أثر للإرادة فيه، و يعتبر العقد الخالي من السبب باطلا إلا أنه و في حالة وجود السبب يعتبر العقد صحيحا[2]، و يعتبر وجود السبب قرينة على وجود توازن مقبول من قبل المتعاقدين بالنظر إلى أن المتعاقدين يتمتعان بإرادة

---

[1] المادة 97 مدني، و تقابل المادة 1131 مدني فرنسي.

[2] للسبب معنيان: الأول و هو المفهوم التقليدي للسبب و يقصد به السبب العقدي أو المباشر الذي يريد المتعاقد الحصول عليه عند تنفيذ التزاماته فسبب البائع من تسليم المبيع هو حصوله على الثمن و سبب دفع المشتري الثمن هو حصوله على المبيع. و السبب بهذا المعنى يعتبر سببا للالتزام و ليس سببا للعقد.

أما المفهوم الثاني للسبب فيقصد به الدافع أو الباعث و هو يختلف باختلاف الأشخاص فتكون العبرة بالدافع الرئيسي و الذي لولاه لما أبرم المتعاقد العقد.

على فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.ص.246-255، محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 218 فما بعد، و هناك من الفقهاء من أضاف إلى مفهوم السبب صبغة اقتصادية بأن جعل من سبب الالتزام الحصول على منفعة يكون المتعاقد قد قصدها من خلال إبرام العقد.

A.Benabent, droit civil, les obligations 6emeed, montchrestien, Paris, 1997 p.120.

درماش بن عزوز المرجع السابق ص.65 في الهامش.

حرة و واعية و حتى لو كان العقد متفاوتا من حيث الأداءات فإنه يبقى ملزما لأطرافه، و للقاضي أيضا طالما أن المقابل لم يكن تافها[1].

إن انعدام النفع المتبادل في سياق العقد يؤدي الى انعدام السبب، و لعل من تطبيقات ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق عندما يتمسك المتعاقد بطلب تنفيد العقد بالرغم من انعدام مصلحة أو فائدة له، إن الإصرار على التنفيذ رغم ذلك ما هو إلا صورة من صور التعسف في استعمال الحق[2]، الأمر الذي يستوجب رفض طلبه في التنفيذ لانعدام الفائدة.

إن مفهوم النفع المتبادل كأساس للتوازن العقدي قد تغير مفهومه الذي كان عليه في ظل فلسفة أنصار المذهب الفردي و مبدأ سلطان الإرادة، هذا المفهوم الذي كان يعتبر أن كل ما هو تعاقدي هو بالضرورة عادل و متوازن[3]، و بالتالي يجب أن يتمتع بحماية القانون، بل أن الإرادة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزامات و الحقوق، و ليست هناك عدالة أعلى من الإرادة التعاقدية، و التي لا تقيدها سوى المساواة في الحرية.

إن النتيجة المستخلصة من هذا المفهوم التقليدي هي أن القانون لم يكن يهتم بالمصلحة المتبادلة و لا بالتوازن العقدي و لا بموضوع العقد، بل كان كل همه هو تأمين

---

[1] و لقد كرس القضاء الفرنسي هذا المبدأ من طرف محكمة النقض الفرنسية في 4 جويلية 1995 عندما كان بصدد النظر في قضية تتلخص وقائعها في شراء شخص قطعة حلي بسعر لا يناسب قيمتها الحقيقية حيث تقدم البائع بطلب إبطال العقد مدعيا انعدام السبب لعدم التناسب بين قيمة الحلي و الثمن المدفوع، و قد قررت محكمة الطعن رفض الطعن المقدم من طرف البائع مؤيدة في ذلك قرار المجلس مبررة رفضها للطعن لتؤكد أنه حتى و لو كانت قيمة الحلي أعلى من القيمة المحصلة إلا أن العقد لا يعتبر باطلا لانعدام السبب على اعتبار أن الثمن لم يكن تافها.
درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.66.
Cass.civ. 1ér, 04 Juillet 1995, bull.civ 1, n°303.

[2] المادة 124 مكرر مدني.

[3] تنسب هذه المقولة للفيلسوف الفرنسيAlfred Fouillée (1838-1912) و التي يقول فيها: « Qui dit contractuel dit juste ».

المساواة في الحريات بين أطراف العلاقة العقدية[1]، لذلك فإن تقدير التوازن العقدي حسب المفهوم التقليدي للعقد كان يتم وفق معيار شخصي بحت يعتمد على ما يراه كل شخص وفق مصلحته الخاصة.

الفرع الثالث: التوازن العقدي تجسيد للوظيفة الاجتماعية للعقد

إن مفهوم النفع المتبادل في العقد قد تطور ليشمل ليس فقط أطراف العلاقة العقدية و إنما المنفعة العامة التي تعود على المجتمع ككل, فالعقد يجب أن يكون نافعا، و هذا النفع يجب أن ينظر إليه بالمفهوم العام أي المصلحة العامة.

لقد أصبح العقد يؤدي وظيفة اجتماعية و اقتصادية من خلال تبادل السلع و الخدمات، هذه الوظيفة التي أصبحت سمة المجتمعات الحديثة بحكم أن الإنسان يعتبر جزءا من المجتمع و هو في حاجة ماسة إلى ما يقدمه له الغير من منافع، كما أن الغير هو أيضا في حاجة إلى ما يقدمه هذا الفرد للغير[2].

لذلك فإن المشرع عندما يتدخل في تنظيم العلاقة العقدية من خلال اشتراط وجود السبب و مشروعيته إنما القصد من ذلك ليس مراعاة مصلحة المتعاقدين فحسب بل يضفى المشروعية على العقد عندما لا يخالف هذا العقد النظام العام بمفهومه الواسع[3]، و لعل من أبرز الأمثلة التي يستدل بها على وجود اختلال في الأداءات بين أطراف العلاقة العقدية هي الغبن و الشروط التعسفية

---

[1] مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود و مدى اعتناق الفقه الاسلامي له، مقال مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، ع، 1، 2، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، 1989، ص.18.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.53.

[3] J.Ghestin, " la notion de contrat "Dalloz, vol.2, 1990, chron, 27, p.147.

أولا: اختلال التوازن بسبب الغبن

الغبن إما أن يكون مقترنا بالعنصر النفسي و هو الاستغلال و إما أن يكون مجردا أي ماديا فحسب، فأما الغبن المقترن بالاستغلال فيشمل كل العقود لما يشكله من إخلال بالتوازن العقدي (المادة 90 مدني).

أما الغبن المادي أو المجرد فقد ورد ذكره في حالات معينة خاصة ببعض الأنواع من العقود كالغبن في بيع العقار (المادة 358 مدني)، و المادة 415 الخاصة بالمقايضة، و الغبن في عقود القسمة (المادة 1/732 مدني)، و المادة 454 مدني و التي تقضي بأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر.

بالإضافة لما سبق وردت نصوص أخرى في غير نصوص القانون المدني مثلما ورد في المادة 344 من القانون البحري و المتعلقة بالاتفاقيات المبرمة و الخاصة بالإسعاف عندما لا تكون الشروط المتفق عليها مع المسعف عادلة.

و مثالها أيضا ما ورد في المادة 66 من الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003[1] و المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة حيث يحق للمؤلف طلب مراجعة شروط العقد في حالة حصول غبن بمعنى أن يكون المبلغ المتحصل عليه أقل بكثير من الربح المكتسب من طرف الناشر[2].

و ينبغي الإشارة إلى أن عدم التعادل في الأداءات قد لا يعني بالضرورة حدوث اختلال في التوازن العقدي طالما كان هذا التفاوت في حدود المعقول و مما تقتضيه طبيعة

---

[1] الجريدة الرسمية رقم 44 سنة 2003.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.120، 121 بل إن المصلحة تعتبر شرطا لقبول الدعوى في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (المادة 13 منه)، القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانونا الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر عدد 21 لسنة 2008، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.111 في الهامش.

المعاملات[1]، فإن بلغ التفاوت درجة معينة كالتي ورد النص عليها في القانون في الحالات المذكورة أعلاه رتب القانون أثره بشأنها.

و إلى جانب احتفاظ المشرع بهذه الحالات في الغبن استبقى المشرع نظرية الاستغلال حيث العبرة في تقدير الشيء تكون بقيمته لدى المتعاقد لا بقيمته المادية فحسب[2]، لذلك اشترط الفقه أن يكون التفاوت مؤثرا في نظر المتعاقد حتى يمكن الاعتداد به[3].

ثانيا: اختلال التوازن بسبب الشروط التعسفية

نص الشرع الجزائري على الشروط التعسفية ضمن عقود الإذعان في المادة 110 مدني، بالإضافة إلى تنظيمها في نصوص خاصة و ذلك من خلال القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، و كذا المرسوم التنفيذي 06-306

---

[1] د. علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.202 فما بعد.

[2] ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص.244.

علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.200.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها حين أوجبت التفرقة بين دعوى الغبن و دعوى الاستغلال حيث تقوم الأولى على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع و الثمن ..."

المحكمة العليا ملف رقم 249694 بتاريخ 2001/06/20 المجلة القضائية، العدد الأول، 2002.

[3] إن أي تشريع يقوم على مبدأ سلطان الإرادة ليس كاف لمقاومة استغلال أحد المتعاقدين لضعف خبرات و قدرات الطرف الآخر، لأن مقياس التوازن العقدي في ضوء مبدأ سلطان الإرادة لا يتم خارج العقد من خلال معيار موضوعي و إنما يقاس داخليا بمعيار شخصي طالما أن إرادة المتعاقد هي التي تحدد عدالة العقد.

G.Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, n° 176.

عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.60 في الهامش.

[4] القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425، الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 (ج.ر.عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004) يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010 (ج.ر. عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[1].

و قد عرف المشرع الشرط التعسفي من خلال القانون 04-02 حيث نصت المادة 5/03 منه على أن الشرط التعسفي هو " كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"

و يعرف بعض الفقهاء التعسف "بأن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حق مشروع ثبت له بعوض أو بغير عوض على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية[2]".

و يعرف الفقه الشرط التعسفي بأنه "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، و يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[3]"، أو هو "عقد إذعان مبرم بين مهني و مستهلك، محرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني. يعتبر شرطا تعسفيا كل شرط، بالنظر للميزة القاصرة على المهني, يؤدي الى عدم توازن في حقوق و التزامات الأطراف[4]"، و رغم تعدد التعريفات لهذا المصطلح إلا أنها تكاد تجمع على أن للشرط التعسفي معيارين هما معيار تعسف النفود الاقتصادي، و الثاني و هو معيار الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني[5].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006 (ج.ر. عدد 56 بتاريخ 11 سبتمبر 2006) يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية معدل بالمرسوم التنفيذي 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008 (ج.ر, عدد 7 بتاريخ 10 فبراير 2008)

[2] د/فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977، ص.46.

[3] د/أحمد محمد يحي الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، كلية الزقازيق، دار النهضة العربية، 1993، ص.212.

[4] د/أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.212.

[5] انظر مضمون هذين المعيارين، د/أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.216.

و في الفقه الفرنسي يرى الفقيه بلانيول Planiol بأن التعسف "هو تجاوز للحق dépassement de droit و بالتالي فهو عمل غير مشروع" Acte illicite " و بالتالي فهو يصنف ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، فالحق في نظره ينتهي حيث يبدأ التعسف[1].

و قد نص المشرع الجزائري في القانون المدني في القسم الأول بعنوان المسؤولية عن الأفعال الشخصية من الفصل الثالث "العمل المستحق للتعويض" في المادة 124 مكرر "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية : إذا وقع بقصد الاضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".
و بذلك يصنف التعسف بأنه صورة من صور الخطأ الشخصي المستوجب للتعويض ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية و هو يعتبر كذلك و لو كان متصلا بالتعاقد بأن ضمن العقد شرطا تعسفيا[2].

و تعتبر عقود الاستهلاك المجال الخصب للشروط التعسفية بحكم وجود علاقة غير متوازنة بين مهني و مستهلك مما يخول للطرف القوي ميزة مفرطة من خلال تضمين العقد شروطا عادة ما تكون مجحفة حيث ينفرد المهني بوضع شروطها مسبقا.

و تؤدي ظاهرة انفراد المهني بصياغة العقود التي ينضم إليها المستهلكون من خلال ما يسمى بالعقود النموذجية إلى تزايد الشروط التعسفية بحكم الحاجة الماسة للطرف الضعيف في هذه العلاقة للمنتوج أو الخدمة و انعدام أية حرية لمناقشة بنود العقد.

---

[1]Planiol, Traite élémentaire de droit civil, tome 2, 10ème édition, L.G.D.J. 1932, n°871.

[2] د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.ص.842، 843.

و تتنوع هذه الشروط، فقد تصاحب تكوين العقد مثل احتفاظ المهني بالعربون حال امتناع الطرف الآخر عن إتمام العقد[1]، و قد يحتفظ المهني بحقه في تحديد مواصفات و مقاييس المنتوج المتعاقد عليه بغض النظر عن مدى توفر ذلك، و قد يشترط المهني على المستهلك التوقيع على شروط العقد من خلال وثيقة معدة سلفا لا يكون للمستهلك أدنى معرفة بمحتواها، و قد يتضمن المنتوج شروطا و مواصفات تقنية لا قبل للمستهلك بمعرفة مضمونها، و قد تكتب بشروط ذات مصطلحات تقنية أو بأحرف دقيقة، و قد ترد هذه الشروط التعسفية لدى تنفيذ العقد كالشروط المتعلقة بالتسليم و بالضمان، حيث عادة ما تتضمن وثيقة الضمان شروطا صارمة يصعب تحقيقها من أجل الضمان، و قد تكون مدة الضمان قصيرة نسبيا أو معلقة على كيفية استخدام المنتوج استخداما مشروطا أو يقتصر الضمان على إساءة استخدام المنتوج دون غيره من العيوب الأخرى.

المطلب الثاني: العدالة و الإنصاف من مستلزمات العقد

يعتبر العدل و الإنصاف الغاية التي لا بد منها في أية عملية تعاقدية، فالعدل لا يقبل التطبيق الحرفي للعقد إلا إذا كان مطابقا للغاية أو الهدف الذي يتوخاه المشرع منه، و في ذلك يرى الفقيه PORTALIS أن مبدأ الإنصاف و التبادلية هي روح كل العقود[2].

فكل من العدل و الإنصاف لم يبق متروكا للسلطة التقديرية للقاضي، كما لم يبق بعيدا عن المنظومة القانونية ككل، إذ أصبح جزءا من هذه المنظومة لذى نشوء العقد باعتبارهما مصادر احتياطية للقانون (المادة2/1 مدني)، كما أن العدل و الإنصاف لهما

---

[1] د/حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.112,113.

أنظر أيضا عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك في عقود الإذعان و في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين وفقا للمادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص.98.

[2]OULHAZI Rafik, le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat, thèse doc, université Robert Schuman de Strasbourg, 1997, P.320.

نفس الأهمية لدى تنفيذ العقد إلى جانب العرف، فكل منهما يعد من مستلزمات العقد[1]، و في سبيل تحقيق ذلك منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لتطبيق هذا المبدأ على مستوى تنفيذ العقد، حيث يكون لزاما عليه الفصل في النزاع طبقا لقواعد الإنصاف بحسب طبيعة الالتزام و طبقا لما يستلزمه الضمير (المادة 2/107 مدني)، على أن تكون أحكامه مستمدة من القانون الطبيعي و قواعد العدالة باعتبارهما مصدران احتياطيان للقانون (المادة1/2 مدني)، غير أنه بالرجوع إلى المادة 2/107 مدني نجد أن المشرع، و في سبيل تفسير العدل، أشار إلى أن تنفيذ العقد يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه أي طبقا لما وردت به عبارات العقد غير أنه في الفقرة الثانية من نفس المادة تبنى الإنصاف كعنصر من مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف و العدالة، و هذا يعني أن ما ورد في المادة الأولى فقرة 2 مدني لا يكفي لوحده لتحديد الالتزام العقدي بل لا بد من إضافة مستلزمات العقد و المتمثلة في القانون و العرف و العدالة[2]، فمستلزمات العقد يجب أن تستمد من القانون و العرف و العدالة، فالعرف حينئذ يصبح مكملا للإرادة التعاقدية و آلية من آلياتها مثله في ذلك مثل العادة الاتفاقية باعتبارهما من مستلزمات العقد (المادة 2/107 مدني).

إن كلا من العرف و العادة الاتفاقية باعتبارهما من مستلزمات العقد أصبحتا عنصرين من عناصر العقد حيث أصبح كل منهما وسيلة لإضفاء العدالة و الإنصاف على العقد، لكن هل أن كلا منهما يشكل عنصرا ثابتا من عناصر العقد في حد ذاته (أولا)، أم أن الكشف عنهما يتطلب تدخل القاضي (ثانيا).

---

[1] فيلالي علي، المرجع السابق، ص.368.
زمام جمعة، المرجع السابق، ص.369.
[2] زمام جمعة، المرجع السابق، ص.370.

الفرع الأول: العدالة و الإنصاف عناصر في العقد

إذا كان كل من العرف و العادة الاتفاقية من مستلزمات العقد فهما يشكلان حينئذ عنصرا موضوعيا في العقد لا مجال للإرادة التعاقدية فيه أن تتجاوز هاذين المبدأين أو تخالفهما، غير أنه و بحكم عدم ضبط مفهوم العدالة و الإنصاف في العقد فإن ذلك سيعطي للقاضي سلطة واسعة في الكشف عنهما مما قد يشكل خطرا على مبدأ "القوة الملزمة للعقد".

إن غرض المشرع من تكريس مبدأ العدالة و الإنصاف كقيود على مبدأ سلطان الإرادة يراد منه الأخذ بعين الاعتبار الحالة الاجتماعية و الاقتصادية للطرف المتعاقد، و لعل ما يفسر ذلك هو تلك القيود الشكلية و الموضوعية سواء تلك التي تصاحب نشوء العقد أم التي تطرأ خلال تنفيذه أو حتى بعد ذلك.

إن الحد من صرامة مبدأ سلطان الإرادة من خلال هاته القيود إنما يراد منه إقامة العلاقة التعاقدية كعنصر ثابت لا مجال للإرادة فيه بقصد إعادة النظر في العقد باعتبار أن قواعده آمرة بحيث يكون الغرض منها هو إقامة العدل الاجتماعي بمفهومه الواسع[1].

---

[1] لكن هل إضافة كلمة "مستلزمات العقد" في المادة 2/107 مدني تفيد بأن للقاضي سلطة إضافة عناصر جديدة في العقد مما قد يخل بكل من مبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ سلطان الإرادة خصوصا و أن القاضي قد يتجاوز الالتزامات المترتبة على العقد في حين أنه يجب أن تقتصر على تلك المتفق عليها.

ما يلاحظ في الحياة العملية أن العدالة و الإنصاف بعيدة تماما عن الواقع المعيشي للمواطن، فمثلا يمثل هامش الربح لدى الكثير من التجار في الجزائر قيمة رأس مال السلعة ذاتها، و قد أصبح هذا يمثل قاعدة عرفية مسلم بها في حين أنها بعيدة تماما عن مبدأ العدالة و الإنصاف، و نفس الشيء بالنسبة للخدمة المقدمة حيث تعادل قيمة الشيء محل الخدمة، أما بالنسبة للخدمات الفكرية والفنية فحدث و لا حرج، فقد تعادل استشارة طبية مثلا لمدة 5 دقائق أجرة عامل خلال عدة أيام عمل أو أكثر، و نفس الشيء بالنسبة لباقي المهن الحرة.

و إلى جانب القيود التي نص عليها المشرع في العقد تم تكريس مبادئ العدل و الإنصاف في مجال ممارسة حرية الأسعار في قانون المنافسة حيث نصت المادة 4 من القانون 03-03 "تحدد أسعار السلع و الخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة و النزيهة، و تتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام أحكام التشريع و التنظيم المعمول به و كذا على أساس قواعد الإنصاف و الشفافية، "الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43 المعدل و المتمم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر. عدد 36، و بالقانون 10-05 غشت 2010، عدد 46.

سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.157.

و لعل ما يفسر ذلك هو تضمينها ضمن المادة الأولى من القانون المدني و التي تعتبر العدالة ضمن المصادر الاحتياطية للقانون، إن ذلك يفسر لا محالة المعيار الموضوعي لهذا المبدأ و الذي هو مستمد من القانون ذاته، غير أن الإنصاف الذي يكتشفه القاضي لدى تنفيذه العقد في إطار المادة 2/107 مدني، يجب ألا يفهم بأنه يناقض الإرادة التعاقدية بل كلاهما يمثل التوازن و العدالة العقدية.

إن المشرع لا يعول على الالتزامات التي يرتبها المتعاقدان إذا كانت مخالفة للنظام العام، أو الآداب العامة، لذلك فهو لا يعتد بالإرادة إلا إذا كانت في إطار نصوص القانون.

الفرع الثاني: العدالة و الإنصاف تقيد القاضي

إذا كان المبدأ العام هو أن القاضي عند النظر في النزاع يستند أساسا إلى إرادة المتعاقدين، غير أن هاته الإرادة قد لا تشكل لديه حاجزا عند تقديره اعتبارات العدالة باعتبارها تشكل مستلزمات للعقد[1]، غير أن هذه السلطة التقديرية للقاضي قد تصطدم بالقيد الوارد في المادة 2/107 مدني و المتمثل في أن اعتماد الإنصاف يجب أن يتوقف على تبعيته "لطبيعة الالتزام"[2]

و وفقا لهذا القيد فإن القاضي عندما يصبح له دور في تكميل العقد فإنه يستعين بمبادئ العدالة و الإنصاف مراعيا في ذلك طبيعة الالتزام[3].

إن طبيعة الالتزام تستلزم تدخل القاضي عند الضرورة ليقوم بدور مهم في تحديد المستلزمات التي يكون منشأها الالتزامات الناشئة عن الأطراف، و هو في ذلك يقوم بدور

---

[1] عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.13.

[2] و مما يعتبر من طبيعة الالتزام ما لا يتنافى مع التزامات المتعاقدين كالزيادة في الضمان و الالتزام بالنصيحة و تحمل مصاريف العقد

[3] زمام جمعة، المرجع السابق، ص.373، سمير تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.412.

مهم بالنظر إلى خطورة بعض الالتزامات التي ترتبها بعض العقود على الطرف الضعيف في العقد حيث وردت نصوص بشأنها مثل الالتزام بالتحذير و الالتزام بالسلامة و الالتزام بالنصيحة، إن دور القاضي حينئذ يصبح مكملا لهاته النصوص فيما يخص تفسيرها و تكملتها[1].

الفرع الثالث: العدالة و الإنصاف قد تجبر على التعاقد أو على عدم التعاقد

إذا كان المبدأ العام هو عدم جواز نقض العقد و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي ينص عليها القانون (المادة 106)، و من بين هذه الأسباب تلك الحالات الواردة في نصوص متفرقة و التي نص عليها المشرع مثل الظروف الاستثنائية، نظرة الميسرة، نظرية الاستغلال، التوازن العقدي، العوامل الاجتماعية و الاقتصادية ...الخ إلا إن الكثير من هاته التدخلات تتم لاحقا بعد انعقاد العقد، لذلك فهي تدخل في مرحلة تنفيذ العقد، و من ثم فهي لا تسلب دور الإدارة في التعاقد.

لقد أصبح للاعتبارات الاجتماعية و تحول دور الدولة إلى دولة حامية أن أصبحت تتدخل في مختلف المجالات منها المجال الاجتماعي بغرض تحقيق المصلحة العامة و حماية الطرف الضعيف، لذلك فإن الرضائية في العقود لم تصبح مطلقة لا في التعاقد و لا في ترتيب آثار الالتزام، حيث أصبحت تحد من المبدأ سواء في وجوب إبرام العقد أو في الامتناع عن التعاقد و هو ما يسمى بالإجبار القانوني[2].

---

[1] علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص.368.

[2] و إلى جانب الإجبار القانوني هنالك الإجبار الواقعي أو المادي، و يكون ذلك عندما يكون أحد أطراف العلاقة العقدية قويا و الآخر ضعيفا فيملي الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف مما يستدعي التدخل القانوني لإعادة توازن العلاقة العقدية.

رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص.12.

سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، مقال بمجلة المحاماة، العددان الثالث و الرابع، مارس، أفريل، السنة الثامنة و ستون، تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية، ص.89.

و يهدف الإجبار القانوني إما إلى حماية الطرف الضعيف أو حماية المصلحة العامة، و نظرا لخطورة الإجبار القانوني كان لابد من وضع ضوابط عند استخدامه مثل متى يجب التدخل؟ و ما مقداره؟ و ما هي المصالح التي تستدعي مثل هذا التدخل؟

إن من أبرز هاته القيود على حرية التعاقد تلك المفروضة أو الإجبارية، و التي يتمثل الإجبار فيها إما في فرض عقد معين مع اختيار المتعاقد الآخر كما في التأمينات الإلزامية[1]، و في بيع السلع الضرورية، و في البيوع الجبرية، و في الأحكام الخاصة ببعض الفئات الاجتماعية كما في عقد العمل[2] و منها أيضا إلزام صاحب العمل بالتأمين ضد حوادث العمل[3]، و إما في تقييد حرية اختيار المتعاقد الآخر كما في وجوب التعاقد مع أشخاص معنيين دون أن يكون للمتعاقد حرية اختيار المتعاقد الآخر كما في الشفعة[4]، فالإرادة تصبح مقيدة سواء بالإلزام بالتعاقد كما لو كان ذلك نتيجة

---

[1] الأمر 95-07 يتعلق بالتأمينات.

الأمر 74-15 المؤرخ في 30 \01\ 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التأمين على الأضرار.

بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، ج.1، الطبعة الثانية، مطبعة حيرد، الجزائر، 2000 ، ص.29.

Lahlou-KhiarGhenima, le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse de doctorat, université d'Alger, 2005, P.106.

[2] يتعلق الأمر بالنساء و الأحداث و الأجانب، فبالنسبة للنساء يمنع التمييز بين الرجال و النساء، بل و يكرس القانون عمل النساء إلى أحكام خاصة الغرض منها حماية أكثر لهاته الفئة منعا لكل الأخطار التي قد تلحقهن. (المادة 17 من قانون علاقات العمل 90-11) . كما تشمل هاته الأحكام عمل القصر فيما يتعلق بسن العمل و ضرورة توفر معاملة مميزة لهاته الفئة، (المادة 1/15، 2/15 ، 3/15 و 28 من قانون علاقات العمل)، كما تشمل حماية العمال المؤقتين (المادة 17 من ق.ع.ع، و كذا تلك الأحكام الخاصة بالعمال الأجانب، (القانون 81-01 المؤرخ في 11 جويلية 1981 الخاص بشروط و كيفيات اللجوء إلى اليد العاملة الأجنبية المادة 30 منه).

أحمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، طبعة إلكترونية خاصة بالسنة الجامعية 2014-2015، جامعة الجزائر 1، ص.50-54.

Paul Durand, op.cit, P.P.77-78.

[3] مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص.35.

[4] المواد 794-807 مدني، كما أقر المشرع حق الشفعة للدولة و المؤسسات العمومية الاقتصادية حيث تكون لهم الأفضلية فيما يتعلق بالتنازلات عن حصص المساهمين الأجانب حماية للاقتصاد الوطني العام (المادة 04\1 من الأمر 01-03 يتعلق بتطوير الاستثمار، الصادر في 20 أوت 2001، ج .ر.47.

تصرف قانوني سابق كما لو تعهد شخص بإبرام عقد لاحق، فالالتزام بالتعاقد هنا مصدره الاتفاق و ليس القانون[1]، و قد تتمثل هاته القيود في المنع من التعاقد كما في بيع الحقوق، المتنازع فيها للقضاة و المحامين و الموثقين[2] و كتاب الضبط حيث يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (المادة 402 مدني)، كما لا يجوز للمحامين و لا للمدافعين القضائيين إن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها في (المادة 403 مدني)، كما يمنع التعامل لاقتناء أو حيازة العتاد الحربي[3]، و كما في احتكار الدولة للتجارة الخارجية سابقا[4]، كما يحظر المشرع عقود الغرر التي تتعلق بالقمار و الرهان[5]، و مثل هاته الحالات المذكورة ما هي إلا أمثلة لحالات الإجبار على التعاقد أو

كما تمارس الدولة حق الشفعة على الأملاك العقارية الخاصة إذا لم تستغل خلال موسمين فلاحين متعاقبين، و هذا بعد إنذار المستثمر باستئناف استثمار الأرض و انقضاء مدة سنة من الإنذار (المواد 48، 49 ، 51 ، 52 ، من القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.49. فاضلي خديجة، المرجع السابق، ص.31، و قد يتمثل في رفض استخدام العامل أو لجنسيته أو لانتمائه إلى نقابة العمال، أو رفض تأجير السكن بسبب عدد الأطفال أو عند احتكار سلع أو خدمات أساسية.

مندى آسيا يمينة، رضوان السيد راشد، ص.375، سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص.89.

[1] ترى فاضل خديجة أن المشرع قد لجأ الى استعمال العقد الإلزامي (الالتزام بالتعاقد) كوسيلة للتعامل ما بين الأفراد، و الالتزام بالتعاقد يكون في مجال محدد بقيد مزدوج، فيفترض التزام بإبرام العقد من جهة، و تبادل الرضا من جهة أخرى، فلا يوجد التزام قانوني بالتعاقد في حالة تخلف شرط من هذين الشرطين، فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.26.

Paul Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTD, Civ n°2, 1944, p.76. محمد شيلح، المرجع السابق ، ص.180

[2] و لو أن الموثق اليوم أصبح لا ينحصر اختصاصه في دائرة محكمة ما بل يشمل كامل التراب الوطني.

[3] المرسوم 63-85 المؤرخ في 16 مارس 1963 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب و حيازة و صنع الأسلحة و الذخائر و المتفجرات.

[4] القانون 78-02 الصادر في 1978/02/11 المتضمن احتكار الدولة للتجارة الخارجية الملغى بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 1977/11/05 خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.ص.63-64.

[5] المادة 1/612 مدني، إلا أن ذلك لا ينطبق على الرهان الرياضي الجزائري (المادة 2/612 مدني).

على عدم التعاقد، حيث لا يمكن حصر كل الحالات نظرا لتنوع التشريعات و تجددها باستمرار و ظهور حالات جديدة كلما استدعى الأمر ذلك.

المطلب الثالث: الاعتبارات الاجتماعية قد تستدعي إعادة النظر في أحكام العقد

لقد أصبحت نظرية العقد وفق المفهوم التقليدي لا تلائم المستجدات الحديثة حيث لم تعد تستوعب مجموعة من المعطيات و التي يتعلق البعض منها بالمتعاقد و البعض الآخر بالاعتبارات الاجتماعية.

لقد بقيت أحكام العقد حبيسة النظرة التقليدية الضيقة و لم تتجاوزها إلا باحتشام لذلك كان تدخل المشرع في كل مرة يقتصر على إضافة أحكام خاصة تخص عقودا بعينها دون أن تتعداها لتدعم الأحكام العامة للعقد، و لعل هذا ما دفع بالفقه إلى المناداة بوجوب إعادة النظر في هذه الاحكام بما يلبي حاجة المتعاقد الضعيف من جهة و حاجة المجتمع من جهة أخرى، و لأجل هذا الغرض برزت مجموعة من المعطيات و التي أصبحت تستدعي إعادة النظر في مجمل أحكام العقد نستعرض البعض منها على سبيل المثال لا الحصر فيما يلي:

الفرع الأول: الحرية التعاقدية أصبحت مفهوما نسبيا

لم يصبح للحرية التعاقدية ذلك المفهوم المثالي أو النموذجي الذي كان يعني التوازن في المصالح بين الطرفين المتعاقدين بأتم معنى الكلمة، فالحرية اليوم لا تعني العدل، و أن عبارة "من قال عقدا فقد قال عدلا"، لم تصبح ذات معنى، بحكم عدم التكافؤ بين المتعاقدين من جهة، و بحكم التطور المستمر في نماذج العقود، و التطور الاقتصادي الذي أفرز طائفتين من المتعاقدين، أحدهما قوي بالمفهوم الواسع لمعنى القوة[1] و الآخر ضعيف، فنجم

[1] مفهوم القوة كسبب لعدم التناسب بين المتعاقدين، يجب أن يفهم في معناه الواسع، بحكم التفاوت الكبير بين فئة المهنيين و فئة المستهلكين، و ظهور عقود الإذعان و عقود الاستهلاك و العقود النموذجية ... الخ حتى أصبح التفاوت في المراكز القانونية و الاقتصادية لكل طرف هو السمة البارزة في العصر الحديث.

عن ذلك ظهور عقود الإذعان، و العقود الاستهلاكية، و العقود النموذجية، و غيرها من العقود، كما أن السمة البارزة اليوم في المعاملات تكاد تغلب عليها الصورة المتعارف عليها في مبدأ سلطان الإرادة، فقد أصبح المبدأ هو "من قال عقدا فقد قال ظلما" خصوصا عندما يتعلق الأمر بالتعاقد بين متعاقدين متفاوتين من حيث المركز الاقتصادي و الاجتماعي.

و لعل ما يؤكد هذه الصورة، ظهور عقود جديدة لم يكن لها وجود في السابق، كعقد النقل مع الشركات الناقلة، أو عقد الاستهلاك، أو عقود الإذعان، أو العقود النموذجية، و كعقود التأمين إلخ... فإلى جانب الغياب الكلي للحرية التعاقدية، تملي على الطرف الضعيف جملة من الشروط المدونة، و التي يفرضها الطرف القوي بما يحقق مصلحته، و التي هي في الواقع تملي على الطرف الضعيف، سواء اطلع عليها و رضي بها أم لم يفعل ذلك، حيث يفترض اطلاعه عليها و رضاء بها[1]، و هي في الواقع شروط يستحيل على الطرف الضعيف مناقشتها، و ليس له من خيار سوى القبول بالعقد أو رفضه.

ومن أجل إعادة التوازن بين طرفي العلاقة العقدية في مثل هذه العقود، كان على المشرع أن يسلك إحدى طريقتين، فإما أن يرضخ للواقع الجديد الذي أصبح يفقد الحرية العقدية معناها و مزاياها، و إما أن يعمل قدر الإمكان على تهيئة الظروف و توفير الوسائل و الإمكانيات التي من شأنها قيام مفاوضات حقيقية متوازنة و متساوية بين الطرفين حتى لا يفقد الحرية التعاقدية معناها، و حتى يعيد الاعتبار لمبدأ سلطان الإرادة تحقيقا للمصلحة الخاصة و العامة[2]. و قد اعتنق المشرع هذا المفهوم الجديد لمبدأ حرية التعاقد بالنظر إلى مختلف القيود التي أصبحت تؤطر هاته الحرية كما سنرى لاحقا.

---

[1] د/محمد أحمد سراج، نظرية العقد و التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، بدون مكان نشر، 1998، ص.84.

[2] د/ أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.135 و ما بعد .

الفرع الثاني: النصوص الآمرة قيد على الحرية التعاقدية

لم يعد للحرية التعاقدية ذلك المفهوم الواسع الذي كان السمة البارزة في العقود، بغض النظر عن محتواها، لقد ازداد تدخل المشرع شيئا فشيئا ليقلص من المجال الذي تتفاوض فيه الأطراف المتعاقدة، و هذا عن طريق فرض المزيد من القواعد الآمرة، فأصبح القانون ينظم بنفسه و بطريقة ملزمة مركز الطرفين المتعاقدين، خصوصا في مجالات معينة[1]، و نلاحظ أن مثل هذا التدخل أصبح يتسع أكثر فأكثر في قانون العمل، و قانون الاستهلاك، و في عقود الإذعان، و في عقود التأمين، و ربما كان ذلك لأسباب اقتصادية و اجتماعية، كما أن الحرية التعاقدية قد تصبح محدودة أيضا عندما يفرض فيها القانون على الشخص المتعاقد، متى عبر عن نيته في التعاقد، شخصا معينا، حيث يظل الشخص حرا في إبرام العقد من عدمه، لكنه متى قرر التعاقد يصبح ملزما بأن يتعاقد مع شخص بعينه كما في الشفعة[2]، و منها وجوب بيع السلع الضرورية بأسعار مقننة.

و قد تستبعد الحرية التعاقدية ذاتها عندما يفرض المشرع على أشخاص معينين إبرام عقد معين كما هو الشأن بالنسبة للتأمين الإجباري على المركبات، و قد تحل إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين كما في عقد العمل، و عقد الإذعان، و عقد التأمين، و عقد النقل، و عمليات البنوك.

---

[1] حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص.79.

[2] تنص المادة 794 مدني "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية ... "

حيث تنص المادة 795 مدني " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

انظر أيضا المادتين 796 و 797.

و قد تحل إرادة القاضي محل إرادة الطرفين لمراجعة شروط العقد، كما في عقد الإذعان أو في حالة الظروف الطارئة، أو في تفسير بنود العقد كما ورد النص عليه في المادة 65 مدني[1].

و منها منع القضاة و المدافعين القضائيين و المحامين و الموثقين و كتاب الضبط شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (المادة 402 مدني)، و ما أكثر الحالات التي ورد فيها المنع من التصرف بقواعد آمرة (المواد 410، 411 مدني إلخ ...)، و قد تستهدف القواعد الآمرة مسائل أخرى لا علاقة لها بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي مثلا.

و لذلك يمكن القول أن الإرادة التي كانت في يوم من الأيام تسمو على القانون صارت في مرحلة تالية تتماشى و تساير القانون، و هي اليوم قد أصبحت في مرحلة اقل من القانون حيث صار القانون يسمو و يعلو عليها.

الفرع الثالث: قصور عيوب الرضا في حماية المتعاقد الضعيف

إذا كان العقد يقوم على التراضي أي توافق إرادتين متعادلتين تتوفر في كل منهما أسباب الحرية و السلامة فقد يحدث إن يختل أو ينعدم هدا التعادل نتيجة خلل في العلاقة العقدية، إما لعدم توفر أهلية أحد المتعاقدين أو لوقوع إرادته في عيب من عيوب الإرادة، حينئذ يتدخل القانون لمعالجة هذا الوضع بالشكل الذي يحفظ للإرادة حريتها و سلامتها.

فقد يقع أحد المتعاقدين في غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال فيستخدم هذه العيوب لإيهام المتعاقد بما يخالف الحقيقة في صفة جوهرية في العقد فيندفع إلى التعاقد.

---

[1] سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص.ص.76-93

إن ما يجب الإشارة إليه و نحن بصدد البحث في عيوب الإرادة إلى أن المشرع حاول التوفيق بين مبدأ سلطان الإرادة و حماية المتعاقد الذي شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة حرصا على استقرار التعامل، فإذا كان أنصار مبدأ سلطان الإرادة يجعلون للإرادة السلطان المطلق في إبرام العقد، و في ترتيب قوته الملزمة، و التي يجب أن تكون خالية من العيوب، إلا أن التمسك بوجوب حماية الإرادة في حد ذاتها من العيوب دون أي اعتبار آخر سيخل لا محالة بالتوازن العقدي الذي يقتضي النظر أيضا إلى موضوع العقد و النظر فيما إذا كان العيب يؤثر أيضا في مضمون العلاقة العقدية و ليس فقط في الإرادة التعاقدية.

لقد أصبح من الممكن القول أن النظرية التقليدية لعيوب الإرادة لم تعد تلائم الاتجاه الحديث للحد من مبدأ سلطان الإرادة بالشكل الذي يحمي المتعاقد الضعيف، لقد حصر المشرع عيوب الإرادة فيما ورد النص عليه في المواد من 81 إلى 91 مدني، و المتمثلة في الغلط والتدليس و الإكراه و الاستغلال، لكن مجال تطبيق هذه العيوب يكاد يصبح عديم الفائدة بالنظر إلى إمكانية حدوث خلل في العلاقة العقدية يكون الضحية فيها هو الطرف الضعيف.

لقد أدى ارتباط نظرية عيوب الرضا بمبدأ سلطان الإرادة في نظر المشرع بالتعادل بين المتعاقدين ذاتهما و الذي يستوجب على المشرع حمايته و تدعيمه و ليس موضوع التعاقد في حد ذاته[1]، و من خلال كل ما سبق ذكره كان ينبغي لإقامة التوازن العقدي ربط عيوب الرضا بمضمون العقد أيضا بمعنى الاعتداد بهاته العيوب إذا ترتب عنها اختلال فادح في التزامات الطرفين المتعاقدين.

---

[1] جلال العدوى، الإجبار القانوني على المفاوضة، دكتوراه، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965، ص.74.
مصطفى محمد الجمال، النظريات العامة للالتزامات، المكتبة القانونية الدار الجامعية، بدون مكان نشر، 1987، ص.130.

فمثلا نلاحظ أن التفوق التكنولوجي و الاقتصادي للمحترف قد يستغل ليجعل المتعاقد معه في وضع تكون إرادته معيبة كما أنه قانونا لا يعتبر كل عقد صادر عن متفوق من قبيل عقود الإذعان و بالتالي لا يخضع الطرف الضعيف للحماية، و قد يبقى عدم التعادل حتى مع غياب الاحتكار، و بالتالي عدم إمكانية مناقشة بنود العقد، بل و عدم خبرة الطرف الضعيف قانونا يجعله في مركز ضعف[1].

و للتغلب على عيوب الغلط في القانون خصوصا في الأشياء المعقدة أضاف المشرع شرطا آخر هو جوهرية الصفة في الغلط و التي تتحدد بحسب تأثير هذه الصفة في رضا المتعاقد و ليست مرتبطة بمحل العقد و في التدليس لا يعتد المشرع بنتيجة الكتمان إلا استنادا إلى تخلف المدلس عن واجبه بالإعلام و الذي يصعب إثبات الاخلال به.

و في الغبن لا يكفي أن ينظر إلى اختلاف قيم الأشياء بمعيار موضوعي فحسب، و إنما يجب أن يقاس أيضا بمعيار شخصي، فبالنسبة للمعيار الموضوعي و هو اختلاف القيم أو التعادل يشترط أن يكون عدم التعادل هذا فادحا مما يستوجب إثبات ذلك، و هذا أمر صعب بالنسبة للمتعاقد المغبون حيث يصعب عليه إثبات مدى فداحة الغبن بالنسبة إليه و مدى تأثيرها في نفسيته لذلك يجب أن يضاف للمعيار الموضوعي معيار شخصي أيضا فالمشرع يشترط في الغبن أن يكون فادحا دون أن يضع لذلك مقياسا بالإضافة إلى صعوبة اثبات الغبن الفادح. فالطرف القوي في العقد قد لا يهدف بالضرورة إلى تحميل المتعاقد الضعيف معه عبئا أكبر بقدر ما يهدف إلى الحصول على أكبر فائدة في ضوء ما يسمح به القانون، كما أن عدم الخبرة و الكفاءة لدى الطرف الضعيف في العقد قد تساهم في تعميق الهوة بين الطرفين.

---

[1] عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.60 و ما بعدها.

G.ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, n°176

و بالإضافة إلى الغبن فإن الاستغلال المؤدي إلى الغبن قد حصره المشرع في استغلال الطيش البين و أيضا الهوى الجامح و الذي هو أيضا معيار نسبي مما يصعب إثباته أيضا مما يعني أن المشرع يكون قد حصر أسباب الإبطال للغبن الاستغلالي في أضيق نطاق قد لا يعكس بالضرورة النتيجة المرجوة و التي هي الحد من سلطان الإرادة بقصد إحداث التوازن العقدي.

لقد حاول المشرع من خلال إبراز العلاقة بين عيوب الرضا و التوازن في مضمون العقد بمعنى أن اختلال التوازن في العقد إنما يكون بسبب هاته العيوب، غير أن المشرع حاول علاج هذا الاختلال من خلال تأثير هاته العيوب في رضا المتعاقد فحسب[1]، فيكون قد أخذ في تقدير هاته العيوب بمعيار ذاتي محض أي بين العيب و إرادة المتعاقد بمعنى أنه لا عبرة بالعيب إلا إذا كان مؤثرا في إرادة المتعاقد و دافعا، لها فيكون المشرع قد ربط بين عيوب الإرادة و سلطان الإرادة حيث يكون للمتعاقد الذي عيبت إرادته إما أن يبطل العقد أو يجيزه و لعل الاستثناء الوحيد هو في ما يتعلق بعيب الاستغلال حيث لم يعلق المشرع مصير الرابطة العقدية على إرادة الطرف المغبون و إنما علقها على إرادة القاضي في أن يبقى العقد مع إعادة التوازن أو يبطله، و كان الأحرى بالمشرع بغرض إقامة التوازن العقدي، التعرف على الأغراض المقصودة من التعاقد بما يحقق مصلحة المتعاقدين معا، و كذا الأهداف الاجتماعية المقصودة من العقد، فالعقد ليس فقط مجموعة من الأداءات المتقابلة، فمصلحة المجتمع تقتضي مراعاة سلوك الفرد في المجتمع بقصد خلق جو من الأمانة و الثقة و عدم استغلال الفرد لأخيه و هذا بغرض كشف جذور المشكلة، و لا يكفي إيجاد حل لها. فمثلا في

---

[1]Ghestin (J), La notion d’erreur dans le droit, Paris, 2ème édition, 1963, L.G.D.J. 1971 , n° 337.

مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.105 .

مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد محمد الجمال، القانون و المعاملات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، 1987، ص.35.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، فقرة 203، ص.479 و ما بعدها .

عيب الاستغلال عندما يرفع الأمر إلى القاضي بالإضافة إلى الطيش البين و الهوى الجامح عليه أن يبحث في نفسية المتعاقد المعنوية و حاجته إلى السلعة أو الخدمة غير المتوفرة في السوق أو عدم استطاعته ماديا الحصول عليها، فيكون سبب الاستغلال ليس بالضرورة هو الطيش البين أو الهوى الجامح بل يصبح الاستغلال حينئذ عيبا اجتماعيا يستوجب على القاضي مراعاته بسبب هذا العيب قبل الحكم بإبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون، فيكون القاضي بذلك قد ربط بين نشاط الفرد و مصلحة المجتمع و بالتالي تحقق نظرية عيوب الرضا دورها الكامل في إقامة التوازن العقدي و مصلحة المجتمع[1].

الفرع الرابع: وجوب استيفاء شروط أخرى في العقد

لا يكفي لنشوء العقد توافق إرادتين متطابقتين فحسب، بل يجب إضافة ركني المحل و السبب، خصوصا ركن السبب، حيث تنص المادة 1/98 مدني " كل التزام مفترض إن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على ذلك"، و هي تقابل المادة 1131 مدني فرنسي و المادة 136 مدني مصري. و يستفاد من مضمون المادة 1/98مدني نتيجتان :

النتيجة الأولى: هي أن كل التزام يجب أن يكون له سبب موجود، و لعل التأكيد على وجوب وجود السبب في الالتزام إنما هو تحقيق حد أدنى من العدالة بين الطرفين، فحرية التعاقد لا تعني بالضرورة العدالة[2]، فالمنطق يقضي بأن يحصل المتعاقد على مقابل لما

[1] عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 88.

تنص المادة 1135 مدني فرنسي "أن العقود لا تعد ملزمة فقط بما تم الاتفاق عليه صراحة، و لكن أيضا بكل ما تستلزمه العدالة، و العرف أو ما يتطلبه القانون من توابع للالتزام وفقا لطبيعته"

Article 1135 : «Les convention obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'obligation d'après sa nature»

[2] – د/ أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.123

يعطيه للطرف الأخر، أي على وجود سبب مقابل للالتزام، و أن يكون هذا السبب مناسبا مع الأداءات المقدمة.

و يرى الدكتور علي فيلالي بحق، أن "السبب هو محل تصورات مختلفة تعود إلى تعدد الاعتبارات الفلسفية و الإيديولوجية المعتبرة، فمبدأ سلطان الإرادة المستمد من مذهب الفردية مثلا لا يسند للسبب دورا أخر غير حماية الفرد و مصالحه، و طالما كان المتعاقد حرا في تصرفاته فلا يحق للمجتمع أن يشتغل بالأسباب التي دفعته إلى إبرام العقد، و لذلك لا يجوز للقاضي مراقبة الدوافع التي حملت المتعاقد على التعاقد، و على عكس ذلك، أخذ المذهب الاجتماعي، الذي يعتبر العقد ظاهرة اجتماعية، بتصور مغاير تماما، حيث يرى في وظيفة السبب وسيلة لحماية المجتمع عن طريق مراقبة كل المعاملات، و الاطلاع على الأسباب الشخصية التي حملت كل متعاقد على إبرام العقد، و يقضي هذا التصور أيضا منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي[1]".

و النتيجة الثانية التي يمكن استخلاصها من منطوق المادة 1/98 مدني هي أن السبب لا بد أن يكون مشروعا، فالإرادة العقدية يجب ألا تتجاهل المصلحة العامة و الآداب، فتوافق الإرادتين يجب ألا ينظر إليه في إطار ضيق هو مصلحة المتعاقدين فحسب، بل يجب أن يتم في إطار مراعاة المصلحة العامة للمجتمع و النظام العام.

لذلك فالحرية التعاقدية يجب أن تمارس في إطار الحدود و الضوابط التي وضعها المشرع، بحيث يمكن أن تتسع أو تضيق حسب نظرة المشرع لها، و اعتبارا لما يراه محققا لمصلحة الجماعة، كما أن الجزاء المترتب على الإخلال بالقوة الملزمة للعقد، يجب أن يكون في إطار الشروط التي وضعها المشرع في القانون، و حسب المصالح المرجوة و التي يمكن تحقيقها من العقد ذاته، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للمجتمع ككل.

---

[1] د/ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.245

الفرع الخامس: استقرار المعاملات قد تستدعي المنع من وقوع البطلان أو التقليل منه

يكتسي العقد في الوقت الحاضر أهمية بالغة ليس بالنظر إلى العلاقات التي تتم بين الخواص و لكن أيضا بالنسبة للعلاقات التي تتم بين أشخاص القانون العام كالأشخاص المعنوية و ما يرتبه العقد من آثار بالغة الأهمية بين أطرافه[1]، و اعتبارا لهاته الأهمية التي يكتسيها العقد سعت مختلف التشريعات إلى حماية هاته العلاقة نظرا إلى أهميتها خصوصا بالنسبة لعلاقات العمل و علاقات الإيجار و علاقات المستهلكين مع المهنيين حتى أصبحت هاته العقود تكتسي الطابع التنظيمي حرصا من المشرع على الحفاظ عليها بالنظر إلى تأثيرها البالغ في المجتمع[2].

إن المنع من وقوع البطلان في العلاقات العقدية يستدعي بداية وجوب حماية العقد لدى تكوينه، و قد تمتد هاته الحماية حتى تنفيذه، لذلك فإن هاته الحماية تبقى مستمرة بغية حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من جهة، و من جهة أخرى التقليل من الآثار التي قد يرتبها العقد الباطل أو القابل للإبطال حين الحكم بإبطاله، لذلك فإن السعي للتقليل من البطلان قد أصبح يتخذ صورتين: الأولى و هي مرحلة إبرام العقد من خلال ما يوفره المشرع من وسائل و إجراءات و ما يمنحه للقاضي من سلطات لحماية إرادة المتعاقد و الإبقاء على العقد، و الثانية و هي التي تتم خلال مرحلة تنفيذ العقد.

إن أهم الآليات التي استحدثها المشرع في سبيل حماية العقد لدى إبرامه هي إعطاء المتعاقد الحق في الإعلام، و في ذلك تنص المادة 1/352 مدني جزائري "يجب أن يكون

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص.46.

[2] بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013، ص.2.

ومن بين هاته العقود، القانون 90-11 المؤرخ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. 17، القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ج.ر. عدد 15 الصادر في 8 مارس 2009، القانون 04-02 المؤرخ في 23 جويلية 2004 و المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. عدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جويلية 2004... الخ

المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية، بحيث يمكن التعرف عليه".

كما تنص المادة 17 من القانون 09-03[1] تحت الفصل الخامس من الباب الثاني "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

كما تنص المادة 18 منه "يجب أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أخرى أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين و بطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها".

و في نفس المعنى تنص المادة 4 من القانون 04-02[2] المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "يتولى البائع وجوب إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع".

و قد أكدت ذلك المادة 5 من نفس القانون، و كذا المادتان 31،32 منه، و يعرف الالتزام بالإعلام بأنه "التزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للأخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم، كامل و مستنير بحيث يكون عالما بكل تفصيلات هذا العقد"[3].

و يتضمن الالتزام بالإعلام كل البيانات التي يمكن أن تؤثر في رضا المتعاقد سواء تعلق الأمر بمضمون الالتزام بالإعلام أو بطرفي العلاقة العقدية[4]، فمن حيث مضمون

---

[1] القانون 09-03 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر. رقم 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08.

[2] القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.41، المعدل و المتمم بالقانون10-06 المؤرخ في 15 اوت 2010، ج.ر.46 المؤرخ في 2010/8/18

[3] سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص.ص.10-11

[4] بوشناقة محمد، المرجع السابق، ص.12.

الالتزام بالإعلام "تزويد المشتري بالمعلومات الكافية لطريقة استعمال المبيع و التي تحقق الوقاية من مخاطرها و الحصول على أقصى منفعة منها و تحذير المشتري من مخاطرها" أو هو كل ما يتعلق حسبما جاء في مختلف المواد المتعلقة به بشروط البيع أو تأدية الخدمة و التعريفات و الأسعار و مميزات و كذا مكونات المنتوج أو السلعة أو الخدمة[1].

أما فيما يخص أطراف العلاقة العقدية فينبغي أن يكون المدين عالما بالمعلومات المتعلقة بالعقد ليقوم بنقلها للمتعاقد الآخر، كما يشترط في الدائن أن يكون جاهلا بالبيانات المطلوب من المدين الإدلاء بها[2]، و من بين الوسائل أيضا حق المتعاقد في التفكير، و يقصد به منح المتعاقد مهلة للتفكير بغرض اتخاذ قراره بالقبول أو بالعدول عن إبرام العقد خلال مدة معينة[3]، بغرض التأكد من مدى ملاءمة محل العقد مع رغباته و ظروفه و فيما إذا كانت تحقق له طلباته، و قد تتمثل هذه الوسائل في التحذير من مخاطر الشيء و يتعلق الأمر بالأشياء التي تشكل خطرا على المتعاقد حيث يلتزم المهني بتبيان كيفية الاستعمال بشكل كاف و مفصل.

كما قيد المشرع إبطال العقد لعيوب الرضا بجملة من الشروط بحيث لا يمكن إبطال العقد إلا بتوفرها سواء في الغلط أو في التدليس أو في الإكراه أو في الاستغلال(المواد 81 إلى 91 مدني)، بل و حتى عند توفرها أعطى للطرف الضعيف حق إجازة العقد و قد يتم

حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2008-2009، ص.27 و ما يليها

Darmaisin Stéphane, le contrat moral, L.G.D.J, paris imprimé au Liban par édition delta,2000,n°224, p.150 et sui.

بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص.12 في الهامش.

أمازوز لطيفة، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 3 لسنة 2009، ص.85.

[1] بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص.19

[2] بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص.ص.13،14

[3] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.109

تصحيح العقد بالإقرار كما في بيع ملك الغير (م389مدني)، و قد يتم إنقاذ العقد من البطلان كما في تحويل العقد و في تصحيح العقد [1].

أما فيما يتعلق بالحماية لدى تنفيذ العقد فتتمثل في وجوب احترام القوة الملزمة للعقد (م106 مدني) كما منع المشرع تعديل العقد بالإرادة المنفردة كما قيد حالة الفسخ (م119مدني)، و قد يتولى القاضي معالجة العقد لدى التنفيذ بسبب الظروف الطارئة أو الشروط التعسفية لكي يلتزم قدر الإمكان الإبقاء على العقد استقرارا للمعاملات.

---

[1] بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص.86

الفصل الثاني

آليات الحد من مبدأ سلطان الإرادة خدمة لمصلحة المجتمع

تتمثل أهم القيود التي أصبحت تقيد مبدأ سلطان الإرادة في تلك القيود المستمدة أساسا من النظام العام بمفهومه الواسع الذي أصبح يتسع شيئا فشيئا ليقلص من حرية التعاقد في مختلف أنواع العقود و بدون استثناء (المبحث الأول)، لكن و بالإضافة إلى ذلك تمثل كل من القيود التشريعية و القضائية المجال الخصب و الأداة الفعالة و التي يتدخل بموجبها كل من المشرع و القاضي في تقييد المبدأ كلما دعت الحاجة إلى ذلك و هذا خدمة للمصلحة العامة و مصلحة المجتمع و كذا خدمة و حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة

تظهر أهمية النظام العام بالنسبة للعقد فيما يمثله من دور في العلاقة العقدية، فوجوده إلى جانب مبدأ سلطان الإرادة يعني أنه يقوم بالحد من الحرية التعاقدية، فالمشرع عند قيامه بوظيفة التشريع يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار وجود مجموعة من القيم داخل المجتمع من أجل المحافظة عليها، لذلك فإن دور النظام العام إنما هو التصدي لأي محاولة للتجاوزات التي قد تمس بالمبادئ والقيم داخل المجتمع.

فهل وظيفة النظام العام هو الحد من الحرية التعاقدية فحسب؟ أم يتعدى ذلك باعتباره مجموعة من القواعد ومبادئ قوتها الملزمة سابقة على إرادة الأطراف؟

في الواقع لم تصبح النظرية العامة للعقد خاصة ما تعلق منها بعيوب الرضا كافية لحماية الطرف الضعيف في العقد، فرغم اشتراط المشرع وجوب صدور إرادة حرة وعن وعي وإدراك كاملين وخلوها من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وكذا وجوب اكتمال

الأهلية وخلوها من العوارض التي قد تؤثر في سلامتها كالتي تصيب العقل مثل الجنون والعته او التي تصيب التدبير كالسفه والغفلة، إلا أن استيفاء الإرادة مثل هذه الشروط، والتي يكون الغرض منها حماية المتعاقد من جهة والمحافظة على استقرار المعاملات من جهة أخرى[1] إنما هي حماية مجردة لا توفر سوى الحد الأدنى للمتعاقد ولا تعبر عن المساواة الاجتماعية والاقتصادية لأطراف العقد.

إن ممارسة حرية التعاقد لا تضمن بالضرورة تحقيق العدالة العقدية وبالتالي لا تكفل الحماية الكافية، فليس صحيحا مقولة أن من قال عقدا فقد قال عدلا[2].

إن معالجة التفاوت القائم بين المتعاقدين من حيث الأخذ بعين الاعتبار حالة ضعف أحد طرفي العقد وانعدام الخبرة لديه والضعف الاقتصادي يستوجب توجيه العقد من أجل تحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف، وهو ما يعني إضفاء الطابع الاجتماعي على العقد، وإعطاء الفرصة للمشرع للتدخل أكثر فأكثر في العلاقة العقدية.

لقد دفعت الوظيفة الاجتماعية للعقد المشرع بالتدخل في العلاقة العقدية بقصد إعادة توازنها وذلك لتحقيق الحماية للمتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية، وفي سبيل تحقيق ذلك وضعت آليات من طرف المشرع بقصد التدخل كلما تمت الحاجة لتنظيم العقد بقصد إعادة توازنه، وهي آليات تختلف باختلاف طبيعة العقد المراد تنظيمه ومدى أهميته في نظر المشرع، وكذا في نظر المتعاقد وكذا ما يمثله العقد بالنسبة للمجتمع ككل، إن تدخل المشرع في العلاقة العقدية بقصد الحد من إرادة المتعاقدين إنما جاء بهدف تحقيق المصلحة العامة، وقد استعمل في ذلك آلية النظام العام بمفهومه الحديث مما أثر بقوة على إرادة المتعاقدين فكان سببا في تقييدها وتحديدها.

1– محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، بدون مكان النشر، 1998، ص.96.

2–JEAN Fabien Spitz, qui dit contractuel dit juste, quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, RTDC, Avril/Juin 2007, P.282.

إن فكرة النظام العام أصبحت وسيلة مثالية في يد المشرع من أجل تحقيق السياسة العامة للدولة في مختلف المجالات بقصد تحقيق المصلحة العامة.

لذلك فإن مفهوم النظام العام قد توسع كثيرا، فلم يعد يقتصر على المعنى التقليدي والذي يهدف فيه إلى المحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع من التصرفات التي تهدد الأمن العام والسكينة العامة والآداب العامة.

لقد أصبحت فكرة النظام العام والآداب العامة بمثابة آلية قانونية بقصد الاستجابة للمتغيرات التي تمس مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدول وكذا الأفراد على حد سواء[1].

غير أن هذا المفهوم الذي يقوم عليه النظام العام قد أصبح يطرح إشكالا كبيرا فيما يتعلق بعلاقته بالعقد، فإذا كانت الإرادة تنشئ العقد طبقا للمادة 59 مدني، فإن هذا النظام العام يستبعد إرادة الأطراف وكذا القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية العقد في حالة مخالفته وبالتالي فإن هذا يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية وهي هل الاعتبارات التي يقوم عليها النظام العام تفوق في قوتها الاعتبارات التي تقوم عليها مبدأ حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد؟

إن علاقة النظام العام بالعقد تبرز بوضوح سمو القانون على تصرفات الأفراد ومبدأ سلطان الإرادة، فهل العلاقة بينهما هي علاقة تكامل أم هي علاقة تنافر؟ وهل تطبيق مبادئ النظام العام هي من صميم احترام سلطان الإرادة ذاته خصوصا فيما يتعلق باحترام إرادة الطرفين المتعاقدين، واحترام مبدأ التوازن العقدي وسلامة الرضا من العيوب واكتمال الأهلية وشروط المحل والسبب؟ أليس اشتراط مثل هذه الشروط في العقد هو من صميم احترام مبادئ العدالة وبالتالي استتباب قواعد النظام العام فيما يتعلق بالعلاقة العقدية؟

---

[1]-مندى آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008، 2009، ص.7.

ثم أليس فرض شروط مجحفة في العقد واستغلال الطرف القوي للطرف الضعيف بدعوى احترام الإرادة التعاقدية هو في ذاته طعن في الإرادة الحرة للمتعاقد الضعيف والذي عجز عن التعبير عن رضاه بكل حرية أو قبل بشروط العقد عن مضض وتحت ظرف الحاجة[1]؟

إن دراسة مفهوم النظام العام كآلية لتحديد إرادة المتعاقدين تقتضي دراسة مدى التعايش بين مبدأ الحرية التعاقدية من جهة ومبدأ النظام العام كآلية جديدة تحد من طغيان هذه الحرية من جهة أخرى، فهل النظام العام بالمفهوم الحديث جاء ليؤكد مبدأ سلطان الإرادة ويحمي الحرية التعاقدية حتى تكون معبرة بحق عن إرادة أطراف العلاقة العقدية وعن قناعتهم بشروط العقد وبالتالي عدم المساس بها، أم يفهم من النظام العام بأنه يشكل قيدا على إرادة الأطراف بغض النظر عن سلامة الإرادة من العيوب واكتمال الأهلية، وكذا استيفاء المحل والسبب شروطهما، وبالتالي يصبح النظام العام قيدا على الحرية التعاقدية دون البحث في وجود التوازن العقدي والعدالة بين أطراف العلاقة العقدية؟

إن دراسة مفهوم النظام العام في إطار العلاقة العقدية يقتضي منا البحث بداية عن هذا المفهوم الذي توسع مجاله أفقيا وعموديا حتى أصبح يعبر عنه بالأنظمة العامة كما ذكرنا، والتي أصبحت تمس مختلف مجالات الحياة، فأصبح من الصعب تحديد مفهومه ومضمونه خاصة مع التطور الحاصل في مختلف العلاقات القانونية وتداخل الروابط الاجتماعية والمهنية والاقتصادية.

---

[1]- CORNU (Gerard), vocabulaire juridique, association, Henri Capitant, 3^e^ édition, PUF, quadrige, 2002, p 615.

-DUPUY (Jean Pierre), Les affaires soultes affaires in baranes (william), frison, roche (Marie-Anne), la justice, l'obligation impossible édition autrement, 1995, p 136.

-مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص31.

لقد ظل النظام العام بمفهومه التقليدي ولوقت طويل عبارة عن آلية لحماية الجماعة ووسيلة يتمكن من خلالها القاضي التصدي لبعض العقود التي قد تشكل خطرا على العلاقات القانونية والتي تمس كيان الدولة أو العائلة، أو تمس بالآداب العامة وهو ما يعرف بالنظام العام السياسي أو النظام العام التقليدي[1]، ليقضي ببطلانها وقد ظل هذا المفهوم الضيق للنظام العام يكاد ينحصر في مجموعة القواعد والأسس الضرورية لقيام المجتمع، فكان بحق نقيض الحرية التعاقدية.

وبما أن الهدف من النظام العام هو تحقيق العدالة الاجتماعية فيجب أن يشمل العدالة التعاقدية أيضا، فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يمثل المجال الخصب في مرحلة انعقاد العقد، فإنه يجب أن يترجم مبدأ العدالة التعاقدية أيضا وإلا وقع التصدي له، فإذا نشأ العقد مجسدا مبدأ العدالة فإن النظام العام سيقف إلى جانبه أي إلى جانب الإرادة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة.

لقد أدى التطور الذي حصل في العلاقات القانونية أن توسع مفهوم النظام العام ليشمل السياسات الاقتصادية والخطط التي تخدم مصالح الدول في المجال الاقتصادي وذلك بهدف تحقيق الأهداف التي ترسمها هذه الدول، فأصبح من الضروري إرساء قواعد تفرضها الدولة على المتعاملين الاقتصاديين فظهر ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي، وهذا الفرع الجديد من النظام العام ينقسم بدوره إلى نظام عام موجه ونظام عام حمائي.

فأما النظام الاقتصادي الموجه فيقضي بتخويل الدولة سلطة التدخل في المبادئ الاقتصادية حسبما تراه يتماشى والسياسة العامة[2] حيث تقوم بتسيير وتوجيه الاقتصاد باتباع سياسة مخططة من أجل بلوغ الأهداف المسطرة سياسيا واقتصاديا.

---

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.274، 275.

[2]–Carbonnier (J), droit civil, les biens et les obligations, ed, presses universitaires de France, themis droit, P.393.

وقد ظهر ذلك جليا من خلال فرض مضمون تعاقدي معين وذلك من خلال العقود المنظمة والعقود المفروضة والعقود المراقبة والعقود المحظورة وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي الموجه.

وإلى جانب ذلك، وبحكم التطور الحاصل في العلاقات القانونية وتشعبها فقد ظهر إلى جانب النظام العام التوجيهي نظام عام حمائي اقتضى ضرورة بروز آلية لحماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية كفئة العمال والفلاحين والمستأجرين والمستهلكين، وذلك بفرض حمايتهم من خلال تنظيم العلاقة العقدية من طرف المشرع أو بواسطة فرض واجبات على أحد أطراف العلاقة العقدية، وبالتالي تقييد حرية التعاقد، فأصبح بموجبه للدولة صفة الحارسة إذ تناط بها مهمة تحقيق الرفاهية لكل أفراد المجتمع وإشباع حاجياته اجتماعيا واقتصاديا وإقامة التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، وبالتالي ظهرت أحكام قانونية جديدة لحماية هذه الفئة مثلما اتسمت به قواعد قانون العمل وذلك بفرض الحد الأدنى من الحماية من خلال ما تضمنته من قواعد آمرة لا يجوز الحد منها بل ويقع باطلا كل اتفاق يخالفها وهو ما يسمى بالنظام العام الاجتماعي[1].

ولبحث مدى تأثير قواعد النظام العام الحديث على القواعد المنظمة للعقد ومبدأ سلطان الإرادة ارتأينا البحث في بروز النظام العام الحديث كنتيجة لمساوئ الحرية التعاقدية (المطلب الأول)، ثم أن النظام العام الحديث قد أصبح قيدا على الحرية التعاقدية (المطلب الثاني)، و أخيرا مظاهر تقييد النظام العام الحديث لمبدأ سلطان الإرادة (المطلب الثالث).

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.285، حنان مريني، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003، 2004، ص.26.

المطلب الأول: بروز فكرة النظام العام كنتيجة لمساوئ الحرية التعاقدية

لا يمكن الإحاطة بمفهوم النظام العام في شكله الحالي إلا بالرجوع إلى المراحل التي ولد فيها المبدأ والأسباب التي أدت إلى بروزه كقيد على مبدأ سلطان الإرادة، ويمكن إرجاع أصول المبدأ إلى الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ سلطان الإرادة في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين تحت تأثير المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي كانت سببا في انكماش المبدأ، وكذا الانتقادات التي وجهت للمذهب الفردي.

لقد أصبحت مصلحة المجتمع هي أساس التنظيم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي ويجب التضحية في سبيلها بمصلحة الفرد، وبأن العقد إنما يستمد قوته الملزمة من القانون ذاته لا من إرادة الفرد[1].

كما أن القول بأن كل ما هو عقدي هو عادل بدعوى تساوي الأفراد هو قول مجاف للحقيقة بحكم عدم مساواة الأفراد وإعطاء الفرصة للطرف القوي بأن يفرض سيطرته ونفوذه على الطرف الضعيف مثلما هو في عقود الإذعان وفي عقد العمل[2].

لذلك فقد تعرض هذا المبدأ إلى الانتقاد بشدة، ولقد صاحب هذا النقد للمبدأ بروز مفهوم النظام العام في المقابل حيث أصبح ينظر إلى مصلحة المجتمع بأنها أساس كل التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والقانوني وبالتالي يجب التضحية في سبيلها بمصلحة الفرد، فحل مبدأ التضامن الاجتماعي محل مبدأ سلطان الإرادة،[3] وبالتالي بدأ أفول مبدأ سلطان الإرادة وسيادة النظام العام في المقابل، فأصبح القانون هو مصدر الحرية التعاقدية وهو

---

[1]-أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.9، عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات، ج.1، العقد، 1995، ص.49، بدون مكان نشر، حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.9.

[2]- أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.53.

[3]- حسن جميعي، المرجع السابق، ص.14، - أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.45، أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق.

أساس القوة الملزمة للعقد بمعنى أنه هو الذي يكفل احترامه عن طريق الجزاءات التي تضمنها الدولة احتراما لما تم التعاقد بشأنه وضمانا لتنفيذ بنوده[1].

وتبرز أهمية تحديد مفهوم النظام العام خصوصا عندما لا يسعفنا النص القانوني في معرفة طبيعة القاعدة القانونية فيما إذا كانت آمرة أم مكملة، حيث لا مناص من البحث عن الفكرة التي تقوم عليها القاعدة والغرض من ورائها، فإن تبين أنها تنظم مسائل جوهرية سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو خلقية اعتبرت آمرة وبالتالي ملزمة لتعلقها بالنظام العام، أما إن اقتصر مجالها المصالح الخاصة اعتبرت قاعدة مكملة وبالتالي يمكن لمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها[2]، وبعد أن نبرز إشكالية تعريف النظام العام والآداب العامة (الفرع الأول)، نستعرض مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشكالية تعريف النظام العام و الآداب

إن أي تعريف للنظام العام يجب أن ينطلق من مبدأ الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية ولكن ضمن القيود والأطر التي سطرها المشرع للحد من هذين المبدأين، وضمن هذا الإطار حاول الفقه تعريف النظام العام من خلال تعريفات ذات مفاهيم متغيرة.

إن عبارة "النظام العام" تتكون من لفظين يتعين الوقوف عندهما وهما "النظام" و"العام"، فبالنسبة للفظ "النظام" فهو يعني "الترتيب الطبيعي للأشياء كل منها مقارنة

---

[1]–G.Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4ème édition, L.G.D.J. Paris, 1949, P.74, Ghestin, l'utile et le juste dans les contrats, P.2, Dalloz, 1982, Chronique.

أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.55 في الهامش.

[2]– عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، بيروت، دار النهضة العربية، 1977، ص.157.

Jean François Romains, l'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme, l'ordre public concept et application, volume 3 Bruylant Bruxelles, 1995, P.9.

أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص. ص.92-93.

بالآخر"، أو "هو توازن العلاقات"، ويمكن تعريفه أيضا بأنّه "مجموعة القيم والضوابط التي تعمل الدولة على إبرازها وبعد ذلك حمايتها في قوانينها الوضعية"[1].

إن مفهوم النظام مرادف للضمان والأمن اللذين يتعين أن يسودا المجتمع لأن هذا الأخير وبحكم ما يشهده من حركية ومن تغيرات دائبة ومستمرة يتعين أن يسودها الاستقرار والتوازن حفظا للأمن واستمرارا للحركية التي يسير عليها المجتمع، وهذا ما يبرر تسميته في الانجليزية بعبارة "Policy"[2]، أما عبارة "العام" فهي مأخوذة من صفة العمومية والتي تدعم فكرة النظام، أو هي توضيح للنظام الذي نعنيه والذي هو الوئام والانسجام داخل المجتمع.

وصفة العمومية ترتبط بالجوهر الذي تعنيه، وبالتالي فهي فكرة نسبية تتغير حسب هذا الموضوع الذي يوصف بصفة العمومية[3]، فقد ترتبط صفة العمومية بالقيم التي يسير عليها المجتمع كالعلاقات الاجتماعية أو كيفية تسيير الأموال العامة أو مؤسسات الدولة، وبالتالي فالنظام العام إنما هو ضمان السير الحسن لكل هذه المكونات التي تشكل المجتمع والتي تكفل سيره الحسن في كل جوانبه.

والواقع فإن فكرة النظام العام هي فكرة مستعصية عن التحديد الدقيق حتى قيل بأن هذا المصطلح إنما يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، ومن مظاهر ذلك أنه بقي مستعصيا عن الاستيعاب ومتعاليا عن كل المجهودات التي بذلت من أجل تعريفه من قبل الفقهاء[4].

وقد بقي مصطلح "النظام العام عصيا عن التعريف باعتباره أمرا نسبيا يتغير بتغير الزمان والمكان حتى قيل بأنه "مسلك محاط بالأشواك"، أو هو **"**مغامرة على الرمال

---

[1]–أحمد وولد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.67.

[2]–أحمد وولد عبد الدايم، المرجع السابق.

[3]–أحمد وولد عبد الدايم، المرجع السابق.

[4]– العربي الشاذلي، الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، دكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الشق، الدار البيضاء، المغرب، ص.30.

الزاحفة"[1]، كما ترجع صعوبة تعريفه إلى اتساع مجاله وتعدده من النظام العام السياسي إلى النظام العام الاقتصادي، إلى النظام العام الحمائي.. وهلم جرا.

ونستعرض فيما يلي مختلف المحاولات التي جاءت لتعريف النظام العام والآداب العامة سواء عن طريق الفقه أو عن طريق المشرع أو من طرف القاضي.

أولا: تعريف النظام العام فقها

ترجع صعوبة تعريف النظام العام فقها إلى اعتباره مفهوما نسبيا يتغير بتغير الزمان والمكان، وكذا اتساع مجاله شيئا فشيئا وتشعبه في مختلف مجالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومسايرته للتحولات الواقعة في المجتمع حتى يكون معبرا عنها[2] كما ترجع صعوبة تعريفه أيضا إلى تعدد مصادره وتعدد مضمونه، وكذا تعدد الأهداف التي يرمي إليها، لذلك فإنّ تعدد التعريفات لا يعني عدم ضبط المبدأ بقدر ما يعني هذا التعدد[3].

والنتيجة تعدد الأنظمة بتعدد مجالها حيث لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة أو المصالح العامة بل امتدت لتشمل مجالات أخرى كالمجال الاجتماعي والاقتصادي الذي يمس المواطن خصوصا الفئات الضعيفة حيث تتكفل الدولة بتوفير احتياجاتها[4].

---

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.267.

[2]– "il ne faut pas oublier que le droit est une science sociale et qu'il ne saurait échapper à la loi de l'évolution, la vitalité et le progrès du droit positif implique nécessairement une transformation et une adaptation", HENRY DEGUILLEM, la socialisation du contrat, étude de sociologie juridique, université de paris, 1944, p 15.

– نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 24.

[3]– Malaurice (ph) les contrats contraire à l'ordre public, de droit civil comparé, France Angleterre (U.R.S.S) édition matot–brain, reins, 1953, n° 2, p .5.

[4]– د. علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص. ص.267–268.

و قبل أن نستعرض المفهوم الحديث للنظام العام نعطي لمحة ولو مختصرة عن المفهوم التقليدي للنظام العام.

1-المفهوم التقليدي للنظام العام

لقد كان للتحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي مرّ بها المجتمع الغربي بعد اندلاع الثورة الفرنسية، أن برز النظام العام في شكله التقليدي كقيد على الرابطة العقدية، فبرز من خلاله تدخل الدولة في هذه العلاقات بما يكفل الحد الأدنى من الأمن والاستقرار في المجتمع وقد كان يعرف بالنظام العام التقليدي أو النظام العام المطلق، ففي ظل انتشار هذا المذهب كان الغرض من النظام العام المحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع بمعنى الدفاع عن أسس وتنظيم المجتمع ليحميه من التصرفات الفردية المهددة للأمن وللآداب العامة.

وقد كانت وظيفة القانون تنحصر في حماية مصالح الأفراد على أكمل وجه دون النظر إلى مصالح الجماعة بل إن مصلحة كل فرد هي السبيل لتحقيق مصلحة الجماعة بمعنى أن النظام العام إنما يمر حتما عن طريق تحقيق مصلحة الفرد أو أن مصلحة الجماعة هي مجموع مصالح الأفراد[1] والجماعة خلقت من أجل إسعاد الفرد وليس العكس[2].

ويستند أنصار المذهب الفردي إلى أن للفرد حقوق طبيعية ينبغي أن تثبت له بميلاده ولا يتوقف منحه لها من طرف القانون، فالقانون لا يمنح الإنسان حقوقا ولكنه يكفل تمتع الفرد بهذه الحقوق، وأن دور القانون، والذي هو شر لا بد منه، ينبغي أن يقتصر على تمكين كل فرد من ممارسة حقوقه وإلزام كل فرد باحترام حقوق غيره، أي تنظيم حرية الفرد ولكنه في الحدود الضيقة بالقدر الذي يمكن كل فرد من ممارسة هذه الحرية[3]، وبالتالي لم

---

[1]-محمد اسماعيل علم الدين، أحكام القاعدة القانونية نظرية الحق، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ب، ط، س، ص.ص. 9-10، بدون تاريخ ومكان النشر.

[2]- أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص149.

[3]- جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون ط1، 1970، ص85، بدون تاريخ النشر ومكان النشر.

يكن للمشرع أن يتدخل للحد من تصرفات الأفراد أو حماية الطرف الضعيف لتحقيق المساواة الفعلية، فكان يطلق هذا على النظام بالنظام السياسي بمعنى أنه جاء ليضمن الحد الأدنى من الاستقرار.

1.1-مفهوم النظام العام التقليدي مفهوم سلبي

ينحصر الحد الأدنى الذي يطمح النظام العام التقليدي للوصول إليه احترام القواعد المتعلقة بمؤسسات الدولة والأسرة وكذا القواعد الأخلاقية، ولذلك يتصف بأن له مفهوم سلبي.

ففيما يتعلق بالدولة ينبغي عدم الاخلال عند التعاقد بالقوانين المتعلقة بتنظيم الدولة ومؤسساتها الدستورية والإدارية والقضائية والنظام الانتخابي وقواعد الأمن وقواعد القانون الجنائي وكل ما يستهدف المساس بمؤسسات الدولة.

وفي مجال الأسرة، ونظرا لاعتبار الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع ومن أجل الحفاظ عليها وصيانتها، أولاها المشرع عناية خاصة فجعل كل ما يمس بكيانها من تصرفات باطلة كالمعاشرة غير المشروعة أو مخالفة قواعد الزواج، أو ما يمس الروابط العائلية.

أما فيما يتعلق بالمبادئ الاخلاقية وهي المبادئ التي تضمن للإنسان كرامته واحترام شخصيته داخل المجتمع الذي يعيش فيه، وبالتالي فكل تصرف يمس بهذه القيم الاخلاقية يكون باطلا لمخالفة النظام العام، فالتصرف الذي يكرس خدمة شخص لأخر طول حياته يعد باطلا لأنه يمس بمبادئ الأخلاق التي تستهدف حماية الحرية ومناهضة مظاهر العبودية، ومنه بطلان عقد المقامرة والرهان لما فيه من وسائل لاستعمال الطرق غير المشروعة لتكوين الثروة.

2.1-قصور المفهوم التقليدي للنظام العام

ما يلاحظ على مفهوم النظام العام بالمفهوم التقليدي أنه يتسم بالطابع السلبي حيث يقتصر دوره على حظر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر إلى محل العقد أو الباعث عليه[1] وبهذا المفهوم يكون الغرض من النظام العام هو فرض قيود على سلطان الإرادة ووضع ضوابط لممارسة الحرية التعاقدية بما له علاقة بالشروط والعناصر اللازمة لانعقاد العقد من رضا ومحل وسبب مما جعل هذه القيود حبيسة حرية إبرام العقد دون أن تمس مضمون العقد[2].

فهو من خلال المنظور التقليدي لهذا المفهوم يعبر عن مجموع القيم الأساسية في المجتمع من حيث حمايته لأمن وسلامة المجتمع وتنظيمه وكذا تقييد حرية المتعاقد في هذا الاتجاه، وهو مفهوم محدد بحيث يجب ألا يصطدم بالحرية التعاقدية.

إلا أن هذا المفهوم الضيق للنظام العام سرعان ما توسع بفعل عاملين أساسين: الأول ألا وهو ذلك الانتقاد العنيف الذي تعرض له مبدأ سلطان الإدارة مما أدى إلى الحد من هذا المبدأ بشكل تدريجي، وبالتالي فسح المجال لمفهوم النظام العام بأن يتسع شيئا فشيئا وذلك بفضل المفاهيم والأفكار الجديدة التي كان لها النصيب الأكبر في بروز المبدأ، أما العامل الثاني فيتمثل في تدخل الدولة في مختلف مجالات الحياة خاصة منها الاقتصادية والتي ساهمت إلى حد كبير في ظهور النظام العام بمختلف صوره[3].

2-المفهوم الحديث للنظام العام أوسع شمولية

أمام كثرة التعاريف الفقهية للنظام العام لا يسعنا إلا استعراض الأهم منها والتي تكاد تعبر عن أهم العناصر التي يتضمنها بدون أن تضع له تعريفا حصريا.

---

[1]- المادتان 93-97 مدني.

[2]- محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 79، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.101.

[3]- جابر عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة، القاهرة، 1966، ص551.

ومن بين هاته التعريفات الحديثة تلك التي تعرف النظام العام بأنه:" مجموعة قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد"[1]، أو هو "مجموعة النظم والقواعد التي يقصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم"[2]. أو هو" كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية فيها من مصالحها التي يلزم تحقيقها حتى تسير في طريقها نحو العزة والمجد"[3].

وهناك من يعرفه بأنه "مجموعة من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليا نظام المجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام والآداب العامة من أبرز الأمثلة على الصياغة المرنة للقواعد القانونية"[4].

كما يعرف بأنه : " مجموع القواعد التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى من الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه، لضمان المصلحة العامة، وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها على نهج النظرة العامة للوجود التي تجد فيها مشروعيتها"[5]، أو هو "مجموعة المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"[6].

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص269.

[2]- أورد هذا التعريف الدكتور علي فيلالي نقلا عن عبد الحي حجازي، الالتزامات، المرجع السابق، ص267.

[3]- عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقارنا بالفقه الاسلامي وأحكام المجلة، بند 124، ص227، بدون تاريخ أو مكان نشر، .

[4]- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996، ص. ص 68-69.

[5]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص190.

[6]- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، 1974، ص48.

ومنهم من يعرفه بأنه: " تلك القواعد الملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها تمثل إرادة المجتمع، في تنظيم نشاط معين على وجه خاص، فهو إذن جعل للقواعد الآمرة والناهية مزية خاصة، وهي أنه لا يجوز مخالفتها"[1]، ويعرفه الفقيه الفرنسي فيليب مالوري بأنّه: " حسن سير المؤسسات للمجتمع أو اللازمة للجماعة.

L'ordre public ; c'est le bon fonctionnement d'institution indispensables à la collectivité [2]

ويستعرض هذا الفقيه أكثر من عشرين تعريفا لفكرة النظام العام لمجموعة من الفقهاء الفرنسيين ومن بين هذه التعريفات تعريف الفقيه demorgue والذي يرى بأن النظام العام هو " الأفكار التي كونها المجتمع مستبعدا الحرية بشأنها" ومنها تعريف الفقيه duguit " بأن النظام العام هو " المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها" ومنها تعريف الفقيه Eismein بأنه: " تلك القواعد الموضوعة لحماية المصالح حتى الفردية منها، والتي تعتبر أساسية للمحافظة على سلامة وازدهار المجموعة الاجتماعية"، أما الفقيهHermard فيرى بأنه "مجموعة القواعد الموضوعة من قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع"، وفي نفس المعنى يرى الفقيه depage بأنّ : " القانون المتصف بالنظام العام هو المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجموعة، والذي يحدد ضمن إطار القانون المدني الأسس

---

[1]– سليمان مرقس، المدخل لدراسة القانون، فقرة 50، ب ط ن ، ص183. وهناك تعريفات أخرى للنظام العام عرفها بعض الفقهاء من بينهم عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ب ط، 1952، ص399.

–علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص269، في الهامش.

–منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط 2، 1970، ص79.

–نسرين أبادر، المرجع السابق، ص170.

–فتحي عبد الرحيم عبد الله، مقدمة العلوم القانونية، الكتاب الأول، القاهرة، 1992–1993، ص56.

–حياة أدغوغي، حدود مبدأ سلطان الإرادة في القانون الاجتماعي المغربي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2002–2003، ص100.

[2] – Philippe Malaurie et Laurant Aynes, cours de droit les obligations édition cujas, 1990, p 286.

القانونية الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في مجتمع معين"، أما الفقيه ساڤيني Savigny فيعرفه بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تعتبر بالنظر إلى الأفكار الخاصة المقبولة في بلد معين ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد[1].

وهناك من أضفى الطابع السلبي على النظام العام حيث عرفه الفقيه هوريو بأنّه "حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى"، بمعنى أن شعار النظام العام هو سلبي اي عدم الفوضى[2]، بمعنى أن يكون ماديا في عناصره التقليدية الثلاث فحسب وهي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة ودعم حصره في مجموع المؤسسات الضرورية لسير الدولة وهي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة[3] وهو ما يعبر عنه بالمظهر المادي للنظام العام أي اختفاء الجانب السلبي منه، وبالتالي لا يدخل في مفهومه الجانب المعنوي للنظام العام أو ما يعبر عنه بالآداب العامة.

والواقع فإن هذا المفهوم لا يتوافق تماما مع الوظيفة التي يجب أن تقوم بها الدولة، ولذلك اختفت هذه الفكرة نتيجة توسع دور الدولة وزيادة مهامها في التكفل بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية مما أدى إلى توسع فكرة النظام العام[4].

لذلك يرى البعض أنه: " لا يمكن أن يعرف النظام العام التقليدي تعريفا سلبيا وهو اختفاء الاخلال، وإنما يجب أن ينطوي على معنى إنشائي يتجاوز النتيجة المباشرة، ولهذا لم

---

[1] –Philippe Malaurie, l'ordre public, thèse, Paris, 1953, p59.

– أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.ص.92–93.

[2]– محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص25.

[3]– CAPITANT (h) ; introduction du droit civil, n°.67, p.60. Cité par malaurie (ph) ; les contrats contraire à l'ordre public étude de droit civil comparé ; France Angleterre, U R S S , édition matotbraine, reins, 1953, n° 2 p 25.

–RénéChapus, droit administratif générale, tom. 1 édition 14, p. 688.

–فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص167.

[4]– فيصل نسيغة، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة خيضر، بسكرة، ص166.

يعد الهدوء العام مثلا يعني اختفاء الضجة والاضطرابات الخارجية وإنما راحة السكان بمعنى اختفاء الجانب السلبي لكي يحل محله سياسة عامة لتنظيم وتحقيق الانسجام في المجتمع"[1].

ثانيا: النظام العام في نظر المشرع

إن مدلول النظام العام في نظر المشرع يجب أن ينظر إليه كفكرة قانونية شاملة لا تتأثر بها نصوص قانونية في فرع معين من فروع القانون، بل تشمل كل فروع القانون بدون استثناء، مما يجعل وضع تعريف له حتى من قبل المشرع ذاته أمرا بالغ الصعوبة.

ونظرا لارتباط التشريع بما يجري من تحولات اجتماعية واقتصادية وسياسية فقد أولى المشرع أهمية بالغة لفكرة النظام العام، حيث بدأت هذه الفكرة تسيطر بشكل ملحوظ على كل جانب من جوانب التشريع حتى أصبحنا لا نكاد نرى أي نص من النصوص القانونية أو التصرفات التعاقدية يخلو من ارتباطها بفكرة النظام العام، أي بما تتضمنه من قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وقد أصبح النظام العام يشمل سائر فروع القانون العام منها والخاص في حين انحسر دور القواعد القانونية المكلمة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ سلطان الإرادة وبالحرية التعاقدية، وبالتالي فقد انعكس ذلك بقوة على النصوص التشريعية .

---

[1] – محمد عصفور، البوليس والدولة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، 1971، ص. ص 152، 153، نقلا عن فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص167.

ولعل ما يؤكد ذلك ما حدث بتاريخ 16 أوت 2016 عندما أعلن رئيس الوزراء الفرنسي مانويل فالس تأييده للقرار الذي أصدره دافيد ليسنار رئيس بلدية كان الفرنسية والذي يقضي بمنع اللباس الاسلامي الذي يغطي كامل جسد المرأة أو ما يسمى بالبوركيني باعتباره مخالفا للنظام العام الفرنسي.

ويشيد فالس على ضرورة أن تكون الشواطئ خالية من المظاهر الدينية معتبرا أن البوركيني ترجمة لمشروع سياسي ضد المجتمع مما آثار جدلا بين مؤدي تطبيق العلمانية والمدافعين عن حرية التعبير، وقد صادقت المحكمة الإدارية الفرنسية على قرار منع المسلمات بالبوركيني من جهتها قالت فرانسوا زد ومون رئيسة رابطة الانسان بفرنسا: " بأن منع البوركيني استند لمنع حدوث اضطرابات في النظام العام، وهذا غير معقول فكيف يضر الناس لباس سباحة بالنظام العام"؟

غير أن مجلس الدولة بعد كل ذلك قرر توقيف تطبيق قرار منع البوركيني.

والملاحظ أن هذا المنع أثار جدلا واسعا في الدول الأوروبية حول مدى اعتباره مخالفا للنظام العام مع العلم أن البعض منها اعتبرته صراحة بأنه لا يخالف النظام العام مثل اسكوتلندا، المصدر مقال، الخبر اليومي ، 18 أوت 2016 العدد 8244.

1-صعوبة ضبط مفهوم النظام العام في نظر المشرع

يعتبر التشريع المصدر الرسمي والأصيل لمفهوم النظام العام والذي هو مفهوم قانوني ووسيلة يحاول المشرع من خلال فرض نظام قانوني معين لأنه مرتبط بروح القوانين ويستمد منها قوته.

وبالرجوع إلى النصوص التشريعية التي تعتمد على فكرة النظام العام ما ورد النص عليه على سبيل المثال في المواد 24، 93، 97، 161، 204، 344، مدني حيث أشار المشرع في البعض من هذه المواد إلى " النظام العام والآداب "، كما في المواد 24، 93، 97، 204[1]، بينما أشار في المادتين 161، 344، إلى النظام العام فحسب، وبالرجوع إلى هذه المواد وغيرها نلاحظ أن المشرع أورد مصطلح "النظام العام والآداب"، أو "النظام العام" فهل معنى ذلك أنّ النظام العام يحدده القانون وبالتالي يكون خاضعا لرأي المشرع ؟ وهل هناك حاجة ماسة لأن يعرف المشرع النظام العام، وبالتالي يصبح هذا الأخير مادة قانونية يظهر المشرع من خلالها مدى سيادة الدولة على تصرفات الأفراد داخل المجتمع، وبالتالي التأكد من احترام الأفراد للقانون لكي تضمن به الدولة حق الاعتراف بالسيادة المطلقة؟

2-ارتباط النظام العام بالسيادة المطلقة:

إنه بالرجوع إلى المواد المذكورة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري اعتمد فكرة النظام العام، في المادة 24 مدني كأداة لمنع تطبيق القانون الاجنبي متى كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، في الجزائر دون أن يحدد المقصود بالنظام العام والآداب وهو نفس الغموض الذي ورد في المادة 93 مدني والمتعلقة بالمحل حيث يبطل العقد متى كان مخالفا للنظام العام، وفي نفس المعنى ورد بالنسبة للسبب في العقد في المادة 97 مدني.

أما بالنسبة للمادة 161 مدني، فقد أشار المشرع إلى وجوب عدم مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام، كما أنه، وحسب المادة 204 مدني، فإن الالتزام لا يكون قائما إذا

---

[1]- د. علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.ص.268-271.

علق على شرط يخالف الآداب أو النظام العام، كما يبطل الالتزام لذات السبب إذا كان هذا الشرط المخالف هو السبب الموجب للالتزام .

أما بالنسبة للمادة 1/344 مدني فقد نصت على أنه:" لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام".

إن لفظ "النظام العام" أو "الآداب" المشار إليه في مثل هاته المواد لا يسعفنا البتة في معرفة كنه النظام العام الذي قصده المشرع لدى تنظيمه للعقد سواء في المحل أو السبب أو في غيره من المسائل الأخرى المتعلقة بالعقد كما وردت في المواد المذكورة أعلاه، لذا يجب ألا يفهم منه أنّ قصد المشرع من ذلك هو تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين فحسب، بل أن قصده هو أبعد من ذلك، باعتبار أن مفهوم النظام العام في العلاقة العقدية يجب أن يفهم في إطاره الواسع، ألا وهو تحقيق الأهداف المتوخاة من النص التشريعي، والذي يتعدى بكثير المصلحة الخاصة بالمتعاقدين إلى تجسيد الاهداف المتوخاة من طرف المشرع في المجال الاقتصادي والاجتماعي.

3-النص الأمر ليس بالضرورة من النظام العام

قد يشكل النص الأمر، للقاعدة القانونية وسيلة للتعرف على مدى تعلق هذا النص بالنظام العام من عدمه، فالأصل هو أن كل قاعدة آمرة هي قاعدة من النظام العام والعكس.

غير أن معيار صياغة النص ليس بالضرورة هو ما نميز به بين القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي ليست كذلك، إن فرض المشرع شكلا معينا للتصرف يعبر عن نص آمر لكن لا يتصل بالضرورة بالنظام العام رغم أن مخالفته تؤدي إلى البطلان المطلق[1] ومثل هذا البطلان إنما يفسر مدى تأثير مخالفة هذه القاعدة على كيان المجتمع ومصالحه الأساسية.

---

[1]- ومن أمثلة هذه النصوص المادة 883 مدني، والتي تشترط الكتابة الرسمية لانعقاد الرهن، ومنها اشتراط الكتابة في عقد الشركة (المادة 418 مدني)، ومنها وجوب ذكر جملة من البيانات في القانون الأساسي لكل شركة (المادة 546 تجاري)،

فإذا اشترط المشرع اتباع شكلية معينة لتصرف ما يجب اتباعها، فإن كانت الشكلية متطلبة للانعقاد فلا بد من توفرها حتى ينشأ العقد، وقد أورد المشرع مجموعة من العقود والتي استوجب فيها الكتابة الرسمية تحت طائلة البطلان عند تخلفها[1]، ومن بين هاته العقود عقد البيع الواقع على العقار والوعد ببيع العقار[2].

ومنها الشكلية اللازمة لانعقاد الرهن الرسمي[3] والشكلية اللازمة لهبة العقار [4]والشكلية اللازمة لانعقاد عقد الشركة المدنية وفي كل ما يطرأ عليها من تعديل[5].

وإلى جانب الشكلية الرسمية هنالك الشكلية العرفية، والتي لا بد منها من أجل صحة العقد، ومنها عقد المرتب على الحياة، [6] وقد تشترط الكتابة للإثبات كما في عقد الكفالة[7]، وكما في العقود غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة[8] ومنها عقد الإيجار الذي اشترط المشرع في تجسيده وجوبا طبقا للنموذج[9].

وكذلك المادة 9 من القانون رقم 90-22 المتعلق بالسجل التجاري الصادر بتاريخ 22 أوت 1990 المتمم والمعدل بالقانون رقم 91-14 والصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1991، وكذلك الأمر 96-07 الصادر بتاريخ 14 يناير 1996.
ومن بين النصوص التي تشترط الكتابة الرسمية في بعض العقود ما ورد النص عليه في المادة 324 مكرر 1 مدني.

[1]- المادة 324 مكرر 1 مدني.

[2]- المادة 2/71 مدني.

[3]- المادة 1/883 مدني.

[4]-المادة 206 أسرة.

[5]- المادة 418 مدني: انظر أيضا قرار المحكمة العليا رقم 25642، المؤرخ في 1982/5/8 المجلة القضائية العدد 1 السنة 1989، ص125.

[6]- المادة 615 مدني.

[7]- المادة 645 مدني.

[8]- المادة 333 مدني.

[9]- المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار ، ج ر عدد 17.

وقد تتجسد الشكلية أحيانا في وجوب التسليم في العقود العينية والتي لا بد منها لقيام العقد، كعقد الهبة حيث اعتبر المشرع الحيازة ركنا لقيام العقد وإلا كان باطلا[1].

وقد تتخذ الشكلية صورة الشهر إذا تعلق الأمر بالحقوق العينية العقارية، سواء عند إنشائها أو في نقلها أو في استعمالها بقصد إعلام الغير[2]، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي أيضا[3].

وقد تستهدف النصوص الأمرة مصلحة خاصة، ومع ذلك تعتبر من النظام العام مثل النصوص المتعلقة بحماية القصر بسبب ما قد يلحق بهم من ظلم جراء نقص الخبرة والتجربة كالنصوص المتعلقة بالأهلية[4] وبالولاية وبالوصاية[5].

كما قد تستهدف النصوص الآمرة قواعد القانون الدولي الخاص ضمن ما يسمى بقواعد الاسناد، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق في علاقة تنطوي على عنصر أجنبي، فقد يستبعد القانون الأجنبي لأن الحالة المعروضة على القاضي الوطني غير مطروحة في قانون القاضي، وقد يتعارض حكم القانون الأجنبي مع حكم القانون الوطني بناء على اعتبارات تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، وبغض النظر عن كل ما سبق فقد تخضع قواعد الاسناد بعض الأمور لقانون القاضي بغض النظر عن أي اعتبار آخر كعلاقات العمل، والضمان الاجتماعي، ونظام التأمين، وكل ما يمس بالكيان الاجتماعي والاقتصادي للدولة[6].

---

[1]- المادة 206 أسرة.

[2]- المادتان 793 و 165 مدني وكذلك المادتان 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ج ر عدد 92 .

[3]- قرار رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21 المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 01، ص86.

[4]- المادة 42 مدني

[5]- المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة بالنسبة للولاية والمواد 92 إلى 98 بالنسبة للوصاية.

[6]- سامي بديع منصور، وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ص. ص165-166، بدون سنة الطبع أنظر أيضا، أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص164. المواد من 09 إلى 24 مدني.

وقد تستهدف القواعد الآمرة مسائل أخرى لا علاقة لها بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي.

4-النظام العام العقدي أوسع نطاقا من مشروعية المحل و السبب

هل ينحصر النظام العام العقدي في مشروعية المحل و السبب؟ أم لا يشترط اتصال المخالفة بمحل العقد أو سببه؟

اختلف الفقه حول تحديد العنصر المخالف للنظام العام في العقد، فمنهم من حصر المخالفة في المحل أو السبب، غير أن البعض الآخر يرى بأن مخالفة العقد للنظام العام إنما هو أبعد من ذلك و هي تتعلق بالخصوص بنتيجة العقد، أي بالمصلحة العامة بالإضافة إلى عدم مخالفة كل من المحل و السبب للنظام العام[1].

1.4-وجوب عدم مخالفة المحل للنظام العام

ورد النص على وجوب عدم مخالفة المحل للنظام العام صراحة في المادة 93 (معدلة) من القانون المدني و التي تنص "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا."

كما تنص المادة 2/92 مدني "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

و من خلال هاتين المادتين و المتعلقتين بالمحل في العقد نجد أن المبدأ العام هو عدم جواز مخالفة محل العقد للنظام العام بمفهومه الواسع، غير أنه استثناء، و فيما يتعلق بالتعامل في تركة إنسان فيمكن ذلك و لكن وفقا لنصوص القانون.

و ما يلاحظ أنه من خلال الاستثناء الوارد في المادة 2/92 مدني فإن منع التعامل في محل معين على وجه معين لمخالفته النظام العام إنما قد يسمح به متى استعمل المحل

---

[1]- حسن عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص.67.

على وجه آخر يسمح به القانون، و قد يكون ما يسمح به القانون مخالفا للنظام العام في حد ذاته مثل ما ورد النص عليه في المادة 455 مدني معدلة و كذلك المادة 456 معدلة منه و اللتان تسمحان لمؤسسات القرض في حالة إيداع الأموال لديها بمنح فائدة، و في حالة منحها قروضا أن تأخذ فائدة، رغم أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يبطل ما دون ذلك طبقا للمادة 454 مدني، و كذلك ما ورد في المادة 2/612 مدني و التي تسمح بالقمار في الرهان الرياضي الجزائري رغم أن القمار و الرهان محظوران طبقا للفقرة الأولى من نفس المادة، و طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي هي من المصادر الاحتياطية للقانون (المادة 1 فقرة 2 مدني)، فأيهما من النظام العام المنع أم الجواز؟ و هل يجتمع النقيضان؟

إلا أن ضابط المشروعية لدى المشرع الفرنسي على وجه الخصوص في المادة 1128 مدني و التي تنص "الأشياء القابلة للتعامل وحدها هي التي تكون محلا للعقود" إنما هو ليس مخالفة المحل للنظام العام في حد ذاته، بل هو قابلية الشيء للتعامل فيه، فمثلا في القانون الفرنسي يجوز أن يوصى شخص بعد وفاته بعينيه بغرض ترقيع القرنية للمكفوفين و ذلك بموجب قانون 07 يوليو 1949 في فرنسا[1] ، بينما لا يجوز أن يكون أي عضو في الجسم محل تعامل إذا لم يكن هذا الأخير قابلا للتعامل فيه، فمنع التعامل في محل معين على وجه معين إنما قد يسمح به إذا تم التعامل فيه على وجه آخر و كان ذلك ممكنا[2].

كما أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يحظره القانون[3] ، فالتعامل في المخدرات محظور غير أنه مباح متى استعمل بغرض العلاج، لذلك فإن هناك ارتباط وثيق بين المحل

---

[1] حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص.167.

[2] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص.88.

Jean Hauser, ordre public et bonnes mœurs, Bordeaux, Dalloz, 1975, n°84.

[3] حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص.168.

و السبب من حيث المشروعية حيث أن عدم مشروعية المحل لا يغني عن عدم مشروعية السبب.

2.4-وجوب عدم مخالفة السبب للنظام العام

مثلما سبق القول بشأن المحل و وجوب عدم مخالفته للنظام العام ورد النص أيضا على وجوب عدم مخالفة السبب للنظام العام، و قد ورد ذلك صراحة في المادة 97 مدني "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا" و هي تقابل المادة 1133 مدني فرنسي[1]. فهل يرتبط النظام العام في العقد بالسبب أيضا؟

من خلال المادة المذكورة أعلاه فإن عدم مشروعية السبب أو مخالفته للنظام العام يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا مما يعني أن السبب هو الآخر يجب أن يكون مشروعا و ألا يخالف النظام العام.

غير أن اشتراط عدم مخالفة السبب في العقد للنظام العام مثلما يرى البعض من الفقهاء إنما هو يخص المحل فهو الذي يكون غير مشروع و ليس السبب، و يبررون ذلك إلى عدم الحاجة إلى السبب كركن في العقد[2].

فكل الحالات التي تمس السبب إنما هي في الواقع تخص المحل، فهو الذي يكون مشروعا أو غير مشروع[3] سواء تعلق الأمر بوجود السبب أو بعدم مشروعيته، ففي كلتا الحالتين يتعلق الأمر بعدم وجود المحل أو عدم مشروعيته.

---

[1] و التي تنص "يبطل العقد إذا كان سببه محرما بمقتضى القانون أو كان مخالفا لحسن الآداب أو النظام العام".

[2] V. Abdul Majid Al Hakim, le rôle de la cause dans la formation de contrat en droit comparé, thèse, Paris, 1957, P.P.24-26.

[3] V. Abdul Majid Al Hakim, op.cit.

و بما أن للسبب معنى آخر ألا و هو الباعث الدافع للتعاقد فهل يقصد المشرع من خلال المادة 97 مدني بمشروعية السبب مشروعية الباعث أيضا خصوصا إذا كان معلوما للطرف الآخر؟ إن السبب بمعنى الباعث قد لا يكون هو الآخر كافيا لتحديد مبدأ المشروعية لأنه لا يشترط العلم بالباعث ليكون العقد غير مشروع[1] ، إذ لا يمكن مراقبة مشروعية التصرف من خلال التصرف ذاته، فالسبب ركن في العقد و ليس في الإرادة و هو أجنبي عنها و هو إلى جانب ذلك، و رغم أنه قد يكون مشروعا بين المتعاقدين فقد يجهل كلاهما أن عقدهما يمس بالنظام العام، و من ثم فإنه لا يمكن الاعتداد بعدم مشروعية السبب حينئذ[2].

و النتيجة هي وجوب إهدار آثار هذا التصرف رغم مشروعية السبب متى أصبح يضر بالمصلحة العامة.

3.4-حماية المصلحة العامة شرط لمشروعية العقد

إن مشروعية العقد لا تقتصر فقط على مشروعية المحل و السبب بل القصد من مشروعية العقد إنما هو من خلال نتيجة العقد أيضا أي من خلال عنصر خارجي عن العقد ألا و هو حماية المصلحة العامة التي هي جوهر النظام العام.

إن مشروعية المحل أو السبب سواء تعلق الامر بالسبب المباشر أو بمعنى الباعث قد لا يكفي لحماية مشروعية العقد فمصلحة المجتمع هي الأولى بالاعتبار قبل النظر في مدى مشروعية المحل أو السبب، فقد يجهل المتعاقدان أو أحدهما أن عقدهما يمس بالنظام العام رغم مشروعية المحل و السبب، و قد يتحول العقد في عقود المدة من عقد مشروع إلى عقد يمس بالمصلحة العامة باعتبار أن مفهوم النظام العام هو مفهوم مرن و متطور و قابل للتغيير بحسب الظروف و المستجدات.

---

[1] G. Ripert, La règle morale dans les obligations civils, 1949, P.48, n°35.

[2] حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص.172.

إن عدم المشروعية في العقد إنما يجب أن ينظر إليه ليس فقط في العلاقة بين المتعاقدين فحسب، و لكن أيضا بصورة خارجة عن هذه العلاقة أو بنظرة موضوعية[1].

إن مبدأ سلطان الإرادة قد تغير في العقد تغيرا عميقا على إثر تطور فكره النظام العام حيث خرج العقد عن نطاقه التقليدي، و قد جاء ذلك نتيجة تدخل الدولة في مختلف مجالات الحياة و منها الجانب التعاقدي، حيث اتخذ هذا التدخل صورتين الأولى تحمل الطابع الاقتصادي و هو ما يسمى "عيممة العقد" و الثاني يحمل صفة الطابع الاجتماعي و الذي يطلق عليه "جميعة العقد" كما رأينا سابقا.

5-الآداب العامة الوجه الآخر للنظام العام

إذا كان النظام العام فكرة تستعصي عن التعريف، فإن الآداب العامة هي الأخرى فكرة تستعصي عن التعريف أيضا، فكل من النظام العام و والآداب العامة أمران نسبيان، وقد عرف الأستاذ السنهوري كلا من النظام العام والآداب العامة بقوله: " القواعد القانونية التي تعبر عن النظام العام يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الافراد"، بينما الآداب "هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس"[2].

---

[1] عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص.226.

ما يؤيد هذا الطرح هو اتجاه الفقه الاسلامي إلى إبطال أي تصرف يؤدي إلى نتيجة غير مشروعة بغض النظر عن عناصره سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، و هو ما يسمى بقاعدة سد الذرائع و تقابله قاعدة فتح الدرائع و هي أن يسمح بالإبقاء على أي تصرف إذا أدى إلى نتيجة مشروعة بغض النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية عناصره.

شمس الدين أبو عبد الله، أبو بكر (ابن القيم)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج.3، مطبعة الكلية الأزهرية، ج.3، 1967، ص.135.

[2]– د السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص.81.

فإذا كانت قواعد النظام العام يقصد بها "تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد"، فإن الآداب العامة هي : "مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس[1].

أو هو "مجموع العوامل الأخلاقية والاجتماعية والتي مبعثها الدين والعرف والتقاليد مجتمع معين وفي زمن معين"[2].

وترجع الصعوبة تعريف الآداب العامة إلى التطور الزمني والاختلاف المكاني مما يؤدي إلى صعوبة الوصول إلى تعريف حاسم لأي منهما[3]، ويرى البعض من الفقهاء أن للدين دور كبير في توسيع دائرة الآداب العامة[4]، ويلاحظ ذلك من خلال التطور التاريخي للمجتمعات فما كان مسموحا به في ظل المجتمعات البدائية لم يصبح كذلك في الدول الاسلامية، وما هو معمول به في الدول الأوروبية ليس كذلك في الدول العربية والعكس.

ويجمع الكثير من الفقهاء على أن الآداب العامة تشمل الوجه الآخر للنظام العام فكلاهما يفرض على الفرد احترام المبادئ التي يقوم عليها المجتمع سواء تعلق الأمر بالأسس الاجتماعية والاقتصادية أو بالمبادئ الأخلاقية[5]، كما أن مدلول الآداب العامة لا يمكن حصرها ضمن تعريف خاص بها فهي غير مكتوبة، وهي التي يتمسك بها أغلبية الناس في المجتمع مع الأخذ بعين الاعتبار عامل الزمن في ذلك.

---

[1]- حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص.39، أشار إلى ذلك علي فيلالي، الالتزامات المرجع، السابق، ص269، وانظر أيضا مختلف التعريفات لكل من النظام العام والآداب العامة، د علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص269 في الهامش.

[2]- عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص156.

[3]- رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص.73.

[4]- رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص74.

[5]- د. علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص270.

فمثلا وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أنه أشار إلى الآداب العامة في المادة 1133، والتي تشير إلى أن السبب يكون غير مشروع إذا كان مخالفا للآداب العامة، كما تنص المادة 900 منه على بطلان الشرط المخالف للآداب العامة دون أن يضع للآداب العامة تعريفا دقيقا، ونفس الملاحظة بالنسبة للقانون المدني الجزائري في المواد 93، 97، 161، و344 منه[1].

ثالثا: المفهوم القضائي للنظام العام أوسع نطاقا من المفهوم التشريعي له

يعتبر التفسير القضائي للنظام العام المجال الخصب لتجسيد المعنى العام الأقرب له، فالقاضي باعتباره عضوا في جماعة معينة، تتوفر لديه إمكانية إدراك ما يعبر عنه القانون في بلده، حيث يتوفر لديه الإدراك بالمسائل المختلفة التي يتناولها القانون، والتي يجب عليه أن يحميها، فهو يكاد يكون مترجما ومشرعا في هذا المجال المرن والمتعلق بالنظام الاجتماعي والاقتصادي والمصالح العامة لبلده، فتكون له السلطة التقديرية في معرض حله للنزاعات المعروضة عليه في تحديد مضمون النظام العام[2].

وهو في سبيل ذلك يضع في كل مرة معايير مرنة تتنوع بحسب المستجدات والظروف التي يمكن أن تطرأ في المستقبل.

1-السلطة التقديرية للقاضي في تعريف النظام العام

القاضي لا يخترع النظام العام بل له أن يستخرجه من مجموع المبادئ والمثل التي يقوم عليها القانون في بلده، ويظهره إلى حيز الوجود من خلال إبطال العقود والتصرفات

---

[1]- وهذا بخلاف النصوص الواردة في قانون العقوبات، حيث حددت الأفعال المنافية للأخلاق والآداب العامة مقرونة بالعقوبة المقررة لها، ومن أمثلة ذلك الاتجار بالأشخاص (م 303، مكرر 4 إلى 303 مكرر 15)، الاتجار بالأعضاء م 303 مكرر 6، م 16 إلى 303 مكرر 29، تهريب المهاجرين(م 303 مكرر 30 إلى 303 مكرر 41)، الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة (المواد 304- 344)، انتهاك الآداب (المواد 333-341 مكرر 1 تحريض القصر على الفسق والدعارة (المواد 342 إلى 379 مكرر) .

[2]- فيصل نسيغة، رياض دنش، المرجع السابق، ص.171.

المخالفة له مستندا في ذلك إلى مجموع المبادئ العامة التي تسود نظاما قانونيا أو اجتماعيا معينا، وهذا ما دفع بالفقيه Ghestin إلى القول بأنه " إلى جانب النظام العام التشريعي يقوم نظاما عام تقديري ومضمر " virtue " يتعين الاستعانة به في غياب النص التشريعي للقول ما إذا كانت العقود المطعون فيها متوافقة أم مخالفة له"[1].

والقاضي في تحديده لمفهوم النظام العام ليس حرا بل عليه أن يبحث عنه ضمن مجموع المبادئ التي تسود نظاما قانونيا واجتماعيا معينا[2]، كما لا يعني ترك الأمور لتقديره الشخصي ولمعتقداته الخاصة، وإنما يتعين عليه الأخذ بعين الاعتبار شعور الجماعة، وأن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في بلده، وهو في ذلك يخضع دائما لرقابة المحكمة العليا، والتي لها دور كبير في توحيد الحلول القضائية في شأن المسائل المتعلقة بالنظام العام.

لذلك لم يخرج النظام العام في الاجتهاد القضائي عن الإطار الفقهي الذي سبق تبيانه أعلاه، وقد جاءت مختلف الاجتهادات القضائية متناسقة في هذا المعنى، فقد اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية[3]، "إن النظام العام يتكون من المبادئ التي يقوم عليها المجتمع اللبناني والتي يحميها القانون باسم المحافظة على هذا النظام"، مع العلم أن الحماية لا تقتصر على المصالح التي ورد بشأنها نص في القانون، بل تشمل كل مصلحة عامة قابلة للحماية، متى كان المساس بها يعتبر مساسا بالمبادئ الأساسية المعتمدة في المجتمع".

كما عرفته المحكمة الابتدائية اللبنانية في قرار لها بتاريخ 5 جانفي 1973 بما يلي: "إن القواعد القانونية التي تعتبر النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت

---

[1]– عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي، القاهرة، 1993، ص214.

[2]– J. GHESTIN le contrat, formation, 1988, n° 728, Malaurice, l'ordre publique et l'office du juge, note sous cass civ 18 mars 1955, D 1956.

[3]– محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى، قرار 1، بتاريخ 9 آذار 1982، مجلة العدل، سنة 1981، ص.5.

هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة"[1].

وعرفته محكمة النقض البلجيكية بأنه هو الذي: " يضمن الأمن العام وبعبارة أخرى لازمة له"[2] وعرفته محكمة النقض المصرية بأنّه " تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية متعلقة بالنظام الأعلى للمجتمع، وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح شخصية فردية[3]، وفي حكم آخر عرفت المحكمة النقض المصرية النظام العام بأنه " يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو على مصالح الأفراد"[4].

وعرفته المحكمة الفدرالية السويسرية ضمن قرار أصدرته سنة 1957 بأنه: " مجموعة القوانين والمراسيم والقرارات التي تشكل قانون الدولة الوضعية"[5].

---

[1]– مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، منشورات بجسون الثقافية، دار المنال بيروت، لبنان، ط.1، 1995، ص. ص. 402، 403.

–نسرين أبادر، المرجع السابق، ص ص 163، 164.

[2]– محمد الأمرانيزنطار، أحكام رضائية العقود بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1989–1990، ص379، حياة أدغوغي، المرجع السابق، ص101.

[3]– نقض مدني مصري، في 23 فبراير 1980 ، مجموعة أحكام بالنقض السنة 31، ص53، أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص.ص 106–107، وفي نفس المعنى ورد حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 17 يناير 1979 مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية، أحوال شخصية، ص266، أبو جعفر المنصوري، المرجع السابق، ص109.

[4]– حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 17 يناير 1979، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية أحوال الشخصية لسنة 1979، ص266.

–د. أبو جعفر المنصوري، المرجع السابق، ص109.

[5]–نسرين أبادر، المرجع السابق، ص164.

2-استبعاد المعتقدات الشخصية للقاضي

على القاضي أن يحدد مفهوم النظام العام طبقا للاتجاهات السائدة في مجتمعه أيا كانت ميوله أو معتقداته الشخصية، فهو بذلك يقوم باستقراء ما يستقر عليه ضمير الجماعة فيستلهم هذا الاحساس وهذا الشعور الجماعي.

وإلى جانب ذلك عليه أن يتعرف على قصد المشرع من خلال وضعه للقاعدة القانونية فيما إذا كانت آمرة أو مكملة، وأن يتحرى في ذلك المصلحة التي أملت على المشرع وضع هذه القاعدة تمهيدا للتعرف عليها فيما إذا كانت تتصل بالنظام العام أم لا، بالإضافة إلى ذلك على القاضي أن يراعي وبدقة متناهية المبادئ والتوجيهات التي تضمنتها مواد الدستور، فيما إذا كانت العقود أو التصرفات المعروضة عليه لا تتنافى ليس فقط مع مواد قانون معين بل وأيضا لهذه المبادئ الدستورية.

الفرع الثاني: النظام العام في القانون الدولي الخاص

يشكل النظام العام أكثر المبادئ اختلافا في تنازع القوانين أي في القانون الدولي الخاص، فهناك اختلاف كبير في ضبط مفهومه وتحديد مجال استخدامه من دولة إلى أخرى وهو يشكل وسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بحكم اختلاف الأنظمة القانونية في الدول وتنافرها بل وتناقضها مع قانون دولة القاضي، فيتم استبعادها تحت مظلة النظام العام، أي المبادئ الجوهرية والقيم التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[1].

وتبرز صعوبة ضبط مفهوم النظام العام للحد من حرية التعاقد في القانون الدولي الخاص، نظرا للصفة الاستثنائية الذي يتميز بها هذا الأخير كقيد على حرية التعاقد حيث قد يستبعد العقد تماما رغم اتفاق المتعاقدين على اختياره كقانون الإرادة بل وقد يستبعده الموثق أيضا، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمام القاضي، فإنّ هذا الإسناد يجب أن يكون مقيدا بشرط هام ألا وهو

---

[1]- المواد من 9 إلى 24 مدني، وهي القواعد التي تحددها ما هو القانون الواجب التطبيق عند وجود عنصر أجنبي في العلاقات القانونية محل النزاع.

عدم التعارض بين مضمون هذا القانون والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي وهو ما يعرف بالنظام العام.

ويجب الرجوع لأحكام الفقه والقضاء مرة أخرى لإعطاء تعريف له، ويرى البعض أنه وأمام صعوبة التوصل إلى تعريف متفق عليه، إلا أن هناك من يصفه بأنه " الابن المخيف للقانون الدولي الخاص"[1]، إلا أنه يتصل عموما بالمصالح العليا والأسس الجوهرية لنظام الحكم والضمانات الدستورية المقررة للمواطنين والمبادئ التي تمس المشاعر الدينية والروحية والوجدان لدى المواطنين[2].

والكثير من القوانين العربية التي لم تضع تعريفا للنظام العام اكتفت بذكر حالات معينة اعتبرتها من النظام العام وكانت تركز في معظمها على أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يتركز أساسا في الأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار[3] مع العلم أن ما ورد فيها إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر[4] أما القانون المدني اليمني فقد أورد في المادة 36 منه بأنه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقا للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الاسلامية".

أما المشرع الجزائري فقد سكت تماما عن تحديد مفهوم النظام العام واكتفى فقط بالنص عليه ضمن المادة 24 مدني المعدلة بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

---

[1]- WEISS, traité théorique de droit international privé, Francescakis in encyclopédie, 1921, p 37.

[2]- أمينة رايس، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، بدون تاريخ و مكان نشر.

[3]- المادة 132 من القانون المدني العراقي، والمادة 163 من القانون المدني الأردني، والمادة 28 من ق م المصري، والمادة 3 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، أنظر مريني فاطمة الزهراء، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2010، 2011، ص20.

[4]- أمينة رايس، المرجع السابق.

والتي تنص: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

أولا: خصوصية النظام العام في القانون الدولي الخاص

يرجع الفضل في وضع تصور للنظام العام على النحو المفهوم في الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص إلى الفقيه "سافيني" في القرن 19 وكان ذلك من خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني.

ومؤدى هاته الفكرة أن هناك اشتراكا قانونيا بين الدول المسيحية، والتي استمدت قوانينها من القانون الروماني، فهي تشترك في الأصل العام لقوانينها أي وحدة المصدر، وبالتالي فيمكنها التخلي أحيانا عن تطبيق قانونها مما يسمح بإيجاد حلول في تنازع القوانين، بينما يتم استبعاد القانون الأجنبي عندما تنقطع فيها عوامل الاشتراك ، ولا يقصد سافيني بالاشتراك القانوني التماثل أو التجانس أو التطابق التام وإلا اختفت مسألة تنازع القوانين[1].

وتكاد الدول العربية والاسلامية تتفق على فكرة عدم مخالفة قواعد القانون الأجنبي الواجبة التطبيق لقواعد الشريعة الاسلامية في مسائل الأحوال الشخصية[2]،

[1]– حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص292.

[2]– قضية رقم 63219 بين (ف ش) و (ك ف) قرار بتاريخ 1990/10/17 م ق سنة 1991 عدد 2 ص.ص. 79، 80، 81، 82.

قرار المحكمة العليا:

–"من المقرر قانونا أنه يسري على الميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس اعتمد على القانون الفرنسي دون مراعاة الشريعة الاسلامية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

ففي التصرفات التي تنفذ بعد الموت كالوصية يسري عليها قانون الهالك أو من صدر منه التصرف وقت موته، بينما يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها، وفي كل الأحوال، وأمام صعوبة وضع مفهوم دقيق للمبدأ فإن ذلك من شأنه أن يعطي للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في التأكد مما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع الأسس السياسية والاجتماعية السائدة في الدولة[1].

ولاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام لا يقتصر تقدير القاضي لمدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته على مضمون هذا القانون والذي قد لا يتعارض معه في ظاهره، غير أن الأثر الذي يترتب على تطبيقه هو الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، لذلك يضيف الفقه معيارا آخر ألا وهو وجوب وجود صلة بين النزاع ودولة القاضي، بأن كان تطبيق القانون الأجنبي ينتج أثره في دولة القاضي وليس في دولة أخرى، وبأن يعتد بالنظام العام السائد في دولته وقت صدور حكمه باعتباره الوقت الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي.

ثانيا: الصفة الاستثنائية للنظام العام التعاقدي في القانون الدولي الخاص

المبدأ العام هو أن النظام العام يهدف إلى ضمان حماية المصالح الجوهرية للمجتمع والمبادئ التي يقوم عليها، سواء تعلق الأمر بالمجال الداخلي أو بمجال تنازع القوانين، غير أن الصفة الاستثنائية للنظام التعاقدي في تنازع القوانين يستلزم تفسيره في أضيق نطاق، ففي القانون الداخلي تهدف الفكرة بالأساس إلى عدم الخروج عن قواعد القانون الآمرة وكذا عن المبادئ الأساسية للمجتمع، بينما تهدف هذه الفكرة في القانون الدولي الخاص إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الاسناد باختصاصه، وفي المقابل تطبيق قانون

---

[1]– وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ 10 فيفر ي 1993 في قضية تتعلق بإثبات النسب الطبيعي la filiation naturelle حيث جاء في القرار: " إذا كان القانون الأجنبي الذي يمنع إثبات النسب الطبيعي لا يتعارض مبدئيا مع المفهوم الفرنسي للنظام العام إلا أنه يتعارض مع هذا النظام، إذا كان يحرم طفلا فرنسيا، أو مقيما بصفة دائمة في فرنسا من حقه في إثبات نسبه، مما يتعين معه استبعاد هذا القانون الأجنبي".

–Revue Critique, droit international privé, p 4, 1993, p311.

القاضي استثناءا، فهو متروك للقاضي الذي ينظر في النزاع ويجب ألا يفهم بأن أي مخالفة للقانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي يستتبع بالضرورة استبعاد أحكام هذا القانون بمبرر النظام العام.

فمجال إعمال فكرة النظام العام في تنازع القوانين أضيق مما هو في القانون الداخلي، فمثلا القاعدة التي تحدد سن الرشد في الجزائر بـ 19 سنة تعد من النظام العام[1].

غير أنه لا يكون مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي الذي يجعل سن الرشد يتجاوز أو يقل عن هذا السن[2]، كما أن العبرة ليست بمضمون القانون فحسب، بل أن العبرة هي بما يرتبه تطبيق القانون الأجنبي في أرض الواقع كأن يرتب أثرا في نفسية أحد المتعاقدين مثلا، كما جرى عليه القضاء الفرنسي[3].

ثالثا: استبعاد القانون الأجنبي في الالتزام التعاقدي رغم اتخاذه قانونا للإرادة

إذا ثبت إخلال القانون الأجنبي بالنظام العام في دولة القاضي فهل يستبعد تطبيق القانون الأجنبي كليا أم يستبعد جزئيا أي في الجزء المتعارض مع النظام العام فحسب؟

يكاد يجمع الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي إنما يكون جزئيا وليس كليا بمعنى استبعاد الجزء الذي يتعارض مع النظام العام فحسب من أجل تطبيق القانون الأجنبي على عناصر النزاع، ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1964/11/17 جاء فيه: " إن ما تنص عليه أحكام الشريعة في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم، ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الاسلامية في هذه النقطة فحسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الاسلامي في بيان مراتب الورثة، وأنصبتهم[4].

---

[1]- المادة 40 من القانون المدني.

[2]- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المطبوعات الجامعية، 2003، ص.ص.197، 198، بدون دار نشر.

[3]- Daniel Gutman, droit international privé, paris, Dalloz, 1999, p.p.34-35.

[4]-Piere Bourel, droit international privé, 4eme édition, 1993, p280.

ووفقا لهذا الرأي فإن استبعاد القانون الأجنبي في مجال التعاقد إنما ينحصر فقط في الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي فحسب، حيث يكون الاستبعاد جزئيا إلا إذا كان ثمة ارتباط وثيق بين أجزاء القانون الأجنبي بحيث يستحيل استبعاده جزئيا فيستبعد حينئذ كليا.

فإذا تم استبعاد القانون الأجنبي تم احلال القانون الوطني محله (المادة 24 فقرة 2 مدني)، وهو ما يعرف بالأثر الايجابي للنظام العام.[1]

رابعا: تقييد سلطة الموثق في العمل بالقانون الأجنبي كقانون للإرادة

لا يقتصر الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين على القاضي فحسب بل يمكن إثارته أيضا من طرف الموثق باعتباره قاضي الإرادة، ذلك أن المعاملات الشخصية والمالية التي تنطوي على عنصر أجنبي كالاستثمارات الدولية، وعقود الملكية العقارية أو مسائل الأحوال الشخصية كالزواج وشروطه، فيما إذا كان مطابقا لأحكام الشريعة الاسلامية والتي تعتبر من النظام العام بالنسبة للمسلمين وكذا في مسائل التبني والميراث، وهي كلها أمثلة لمجال تدخل الموثق[2].

---

[1] – قضية رقم 52207 بين (ف م) و (ص ع) قرار مؤرخ في 1989/01/02 م ق سنة 1990 عدد 4، ص. ص.74، 75، 76.

حيث أقرت المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة، وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بها، ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه.

–لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين اسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم للمستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق في الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائيم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"، المصدر: القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 2013–2014، برتي للنشر، ص08.

[2] – مريني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص51.

لقد أصبح الموثق، باعتباره ضابطا عموميا وطرفا فعالا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ليس فقط فيما يخص المعاملات الوطنية بل وأيضا عندما تتضمن المعاملة عنصرا أجنبيا، حيث خولته الدولة جزءا من صلاحياتها وهو إضفاء الصفة الرسمية للعقود والتصرفات الأخرى، ولذلك كان معنيا بإثارة النظام العام من خلال رفضه إتمام صياغة عقد أو تصرف قانون في شكل رسمي[1]، فالموثق ملزم بالتأكد من صحة العقود قبل تحريرها المادتان 12 و15 من قانون التوثيق[2]، ويتم التأكد من صحة العقود التصرفات بالرجوع إلى قواعد الاسناد التي تحدد ما هو القانون الواجب التطبيق[3]، فله أن يتدخل في مسائل العقار، وفي مجال الأحوال الشخصية كالزواج وفي التبني وفي الكفالة وفي المواريث.

المطلب الثاني: بروز النظام العام الحديث كقيد على حرية التعاقد

لقد ظل مفهوم النظام العام في ظل المفهوم التقليدي للعقد يفسر بأنه بمثابة حاجز أو قيد على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية[4]، وهذا ما ورد النص عليه في المادة 6 من القانون المدني الفرنسي [5]، فوظيفة النظام العام تنحصر في الحد من الحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع[6]، أما القانون المدني الجزائري فلم يأخذ بحرفية نص المادة 6 من القانون المدني الفرنسي وإنما نص على النظام العام في معرض تنظيمه لمحل الالتزام في المادة 93

---

[1]– يعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مقال مجلة الدراسات القانونية، مجلة تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5 السنة 2008، ص. ص.179-210.

[2]– تنص المادة 12 من قانون التوثيق" يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة "وتنص المادة 15 منه لا يجوز للموثق أن يمتنع عند تحرير أي عقد يطلب منه إلا إذا كان مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول بها"، القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، والمتضمن مهنة التوثيق ج ر عدد 14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

[3]– المواد من 09 إلى 24 مدني.

[4]– Malaurie (ph), les contrats contrain à l’ordre public, (étude de droit civil comparé ; France, Angleterre, U R S S , édition matot-brain, Reims, 1953, no 58, p45.

[5] –"On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs".

"كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولا يعمل به".

[6]–Ghestin (j), la formation du contrat, 3éme édition, L. G. D. J , 1993, no. 52, p 104.

مدني معدلة[1]، كما نص على النظام العام في معرض تنظيمه للسبب في المادة 97 منه[2]، فكان يفهم من خلال ذلك أن النظام العام إنما يرتكز على العناصر المادية في العقد ويتعلق الأمر بالمحل والسبب أكثر مما يرتكز على العناصر الأخرى في العقد كالرضا والأهلية.

ولقد ذهب الفقه المؤيد لمبدأ سلطان الإرادة إلى المغالاة في الانتصار لهذا المبدأ[3] ولقد كرس الفقيه Fouillé هذا الانتصار في مقولته الشهيرة "كل ما هو عقدي فهو عادل"، فأصبحت السمة البارزة في العقد هي الحرية المطلقة، فتقلص النظام العام والقواعد الآمرة في العقد إلى الحد الأدنى حتى قيل بأن "كل قانون هو شر في حد ذاته "[4] ولقد كان ذلك تحت تأثير بعض النظريات الفسلفية التي كانت قائمة على تقديس الفرد على أساس أن المجتمع مسخر لخدمته وليس العكس[5].

غير أن مبدأ سلطان الإرادة سرعان ما عرف انتكاسة كنتيجة للانتقادات التي وجهت إليه وتفنيد النتائج التي وصل إليها، فقيمة الالتزام العقدي ترجع بالأساس إلى القانون الذي يضع الإطار الذي ينبغي أن تصب فيه الإرادة العقدية، فالحرية التعاقدية يجب ألا تمس الحريات الأساسية للآخرين، ولا بالمبادئ التي يسير عليها المجتمع، فمن غير المعقول القول بأن كل ما هو عقدي هو عادل إلا في الحالة التي يكون فيها المتعاقدان على قدم المساواة من حيث الحرية ومن حيث الجانب الاقتصادي، لذلك فقد عرف مفهوم النظام العام تطورا ملحوظا يكاد يصبح هو القاعدة في أية علاقة عقدية خصوصا بعد التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المبدأ.

---

[1]– والتي تنص: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"

[2]– والتي تنص : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا".

[3]–Lèvy (Jean –Phillippe) Castaldo (A) ; Histoir du droit civil, dalloz, 2002, no, 542, p 795.

[4]– مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص.12.

« Charles Beudant est celui l'auteur de toute loi eu, est un mal », cité par Lèvy (Jean–Phillippe) Castaldo (A), op.cit, P.796.

[5]– أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص55.

إن العقد قد أصبح أهم تصرف إرادي يقوم به الإنسان في حياته وعن طريق هذا العقد تتم المعاملات فيما بين الأفراد، وكل يسعى إلى تحقيق مصلحته وبذلك يفترض أن يكون هذا العقد معبرا عن العدل بالنسبة للطرفين المتعاقدين[1].

وهي وسيلة لازمة لا غنى عنها لأن إرادة الإنسان هي أقدر وسيلة لتحقيق العدل لصاحبها، وهو ما يسمى بالعدالة التبادلية[2]، لذلك أصبحت الحرية التعاقدية تخضع أكثر فأكثر للعدالة والمساواة وبالتالي أصبح لها مكانة أسمى من الحرية التعاقدية[3].

إن الأخذ بالحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة يجب أن يظل خاضعا للنظام العام والآداب مثل هذه العلاقة تدفعنا إلى تناول هذا الموضوع من خلال دور النظام العام في الحد من حرية التعاقد (الفرع الأول): النظام العام بشقيه التشريعي والقضائي أوسع من أن تتضمنه نصوص القانون (الفرع الثاني) ثم انتقال النظام العام من الحد من سلطان الإرادة إلى تقوية هذه الإرادة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: دور النظام العام الحديث هو الحد من حرية التعاقد

---

[1]– تناغو عبد السيد، سمير، المرجع السابق، ص143.

[2]– العدالة التبادلية مصطلح يقصد منه تحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة وتحقيق التوازن في العقد في تبادل الأموال والخدمات حيث يفترض في كل متعاقد أن يأخذ مقابل ما أعطى، ويقابل العدالة التبادلية العدالة التوزيعية وهاته الأخيرة تعني تحديد مجموع الحقوق والواجبات الخاصة بالأفراد داخل المجتمع، أي تحمل كل فرد الأعباء وتمتعه بالحقوق حسب دوره في المجتمع، فبما أن الدولة تفرض على أفرادها التزامات حسب قدراتهم، فإنهم في المقابل ينتظرون منها خدمات تتناسب وأوضاعهم وهو ما يتجسد في النظام العام الاقتصادي والنظام العام الحمائي. والعدالة التوزيعية لا تعني المساواة التامة بين الأفراد ولكن المساواة التناسبية ولذلك فهي تقبل بوجود فوارق بين الناس شريطة أن تكون هذه الفوارق معقولة، مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص6، 7.، الشرفي محمد، المزغني علي، مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، القاهرة، 1993، فقرة 156، ص96، حسن فرج والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية الجديدة، 1988، فقرة 89، ص145، كيرة حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ط.2، 1990، فقرة 86، ص161.

Sève (R) justice distributive, in encyclopédiques universelle, les notions philosophiques, dictionnaire, 1 er édition, P U F, 1990, p 676.GHESTIN (J) traité de droit civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J, n° 182, P 138, note N32.

[3]GHESTIN (J), op.cit, p 51.

الشرفي محمد، المزغني علي، المرجع السابق، ص96.

حسن فرج، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، 1988، فقرة 89، ص145.

حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص161.

إن الالتزام الناشئ عن العقد ينبغي أن يخضع لمبدأ العدالة، فالعدالة هي التي تضمن العقد وإلا فقد شرعيته وقوته الالزامية، وليس العقد هو الذي يضمن العدالة، بمعنى أن العقد هو الذي يجب أن يخضع لتنظيم القانون وليس لإرادة الأطراف.[1]

إن المشرع لدى قيامه بوظيفة التشريع ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار مجموع القيم داخل المجتمع مما يستدعي المحافظة عليها وهو في ذلك يقوم بدور التحكيم بين مصالح الأفراد في العلاقة العقدية وهاته القيم.

ونظرا للصعوبة التي يمكن أن تواجه المشرع للمحافظة على هاته القيم ومصالح الأطراف المتعاقدة، كان لا بد من إيجاد وسيلة للقيام بذلك إن هذا الدور لا يمكن أن تقوم به القواعد القانونية بمفردها فحسب، لذلك كان لا بد من توظيف النظام العام كآلية لإزالة هذا الإشكال.

إن تدخل النظام العام كوسيلة لذلك يجب أن يعترف له بالسمو على الحرية التعاقدية حيث نص المشرع صراحة على ذلك في عدة مواد من القانون المدني.[2]

إن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء يقضي بمبدأ سمو النظام العام على الحرية التعاقدية، وبالتالي يعد وسيلة للحد من سلطات الأفراد التعاقدية طبقا لما جاء في نصوص القانون.

---

[1]–Pharo (Patrick) les fondements non contractueles du contrat in erbés, (serguin)(s), le contrat et abus d'une notion, dexlée de brower, 1999, p 40.

– مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص85.

[2]– كالمادة 93 بالنسبة للمحل والمادة 97 بالنسبة للسبب من القانون المدني.

–Gounot (E), op.cit, p89.

–Ghestin (J), traité de droit civil, le contrat, la formation, 3 édition, 1993, n°174, p.181.

وفي هذا المعنى يرى مجاهدين خالد أن "الاجتهاد القضائي حد من تطبيقات الحرية التعاقدية عن طريق توسيع نطاق مفهوم النظام العام والأخلاق الحميدة وتطبيق الباعث إلى العاقد في نظرية السبب، أما فيما يخص آثار العقد فقد تم التخفيف من حدة الأثر النسبي باللجوء إلى البحث عن الآثار المستهدفة في العقد تحت ستار التفسير"، مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص 73-74.

إن الإرادة يجب ألا تكون مطلقة بل هي مقيدة حيث يتدخل المشرع ليحد من سلطانها رغم ما تتمتع به من دور في تكوين العقد وتوليد آثاره، فالمشرع هو الذي يقرر وجودها بل أن هناك عقود تفقد فيها الإرادة سلطتها أثناء قيام العقد مثل عقود الاذعان، والعقود المنظمة، حيث تتقلص إرادة الأطراف بمجرد إبداء حرية التعاقد من عدمه.

لقد أصبح النظام العام قيدا على الحرية التعاقدية، ويفهم ذلك من خلال تدخل المشرع والقاضي للحد من المبدأ.

فأما الحد من المبدأ بواسطة المشرع فقد تمثل ذلك عن طريق مجموعة من القيود كالشكلية والحد من القوة الملزمة للعقد، لقد تغير معنى مبدأ سلطان الإرادة من سلطة مطلقة، إلى سلطة مقيدة[1] فمبدأ سلطان الإرادة لم يكرس في القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1134 إلا إذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

أولا: سلطة الأفراد ينبغي أن تمارس في إطار القانون:

إن إرادة الأفراد في التعاقد لا تكفي لإبرام العقد، بل تحتاج إلى القواعد المنظمة بمعنى عجز الإرادة التام في خلق القاعدة التي تلزمها[2]، فمثلا في قانون الاستهلاك فإن الإرادة وحدها لا تكفي لإبرام العقد، بل تحتاج إلى القواعد المنظمة لذلك، والأمر نفسه بالنسبة للعقود المنظمة، كعقد العمل، فهل معنى ذلك أن سلطان الإرادة قد أصبح له مفهوم جديد غير الذي كان يعرف به في ظل النظرية التقليدية؟

[1]- Savaux (Eric), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? L. G. D. J, 1997, n° 241, note, 187.

-Roubier (p) le rôle de la volonté dans la création des droit et des devoirs, in A .P D, 1957, p22.

[2]Savaux (Eric) la théorie générale du contrat mythe ou réalité? op.cit, n° 231 note 187.

إن مبدأ سلطان الإرادة وفق المفهوم الحديث يكون قد تحول من مفهوم إرادي بحت إلى مفهوم تبعي، بمعنى أن سلطة الأفراد إنما تكون مفوضة من القانون والتي من خلالها يمارس الأفراد نشاطاتهم داخل هذا الإطار القانوني.

ثانيا: أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون وليس إرادة الاطراف

يجب الاعتراف بأن مبدأ سلطان الإرادة له ارتباط وثيق بالحرية التعاقدية، وإذا كان الأمر كذلك فما حدود هذه الحرية؟ وإلى أي مدى يمكن للأطراف المتعاقدة التقييد بنصوص القانون الذي يحد من هذه الحرية؟

إن الاعتراف بالقوة الملزمة للعقد مصدره ليس إرادة الأطراف وإنما هو القانون، فالقانون لا يعطي للعقد قوته الملزمة، إلا عندما ينشأ على وجه صحيح، ومعيار العقد الصحيح لا تحدده إرادة الأطراف بحكم تعارض المصالح، ومن ثم فلا أثر لسلطان الإرادة في تحديد هذه القوة الملزمة وإنما هو القانون.

وبالرجوع إلى الفقه لتفسير أساس القوة الملزمة للعقد التجأ هذا الأخير أي الفقه إلى معيار كل من قيمة العدل وقيمة النفع[1] فالقانون لا يرتب آثارا على العقد النافع إلا إذا كان عادلا، فكل من النفع والعدل أساس القوة الملزمة للعقد، كما أن كلا منها يحدان من سلطان الإرادة، إن اشتراط معيار كل من النفع والعدل كأساس للقوة الملزمة للعقد[2] يعني فقدان مبدأ سلطان الإرادة سلطته في التعاقد فالمشرع يسمح للإرادة بإنشاء العقد لكن لا يسمح بسمو الإرادة على القانون[3].

فالعقد يصبح ملزما لأن مصلحة المجتمع من خلال القانون وقواعد النظام العام هي التي تتدخل لإجبار الاطراف المتعاقدة على تنفيذ التزاماتهم وليس إرادة الأطراف.

---

[1]Ghestin (J) l'utile et le juste dans les contrats 1982, CH, P1, spéciale P3.

2 مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص.76.

[3] Malaurie (Ph), op.cit, n° 239, p167.

إن عدم توازن العقد بفعل الشروط التعسفية أو الشرط الجزائي وتعديل ذلك عن طريق القاضي والسماح لهذا الأخير بما له من سلطة سواء في إنشاء العقد أو في تنفيذه إنما يرجع ذلك إلى القانون الذي منحه هذه السلطة، وبالتالي فإن القوة الملزمة للعقد إنما تستمد قوتها من إرادة المشرع لا من إرادة الأطراف المتعاقدة.

الفرع الثاني: النظام العام الحديث بشقيه التشريعي والقضائي أوسع من أن تتضمنه نصوص القانون

سبق أن رأينا في تعريف النظام العام بأن ليس هناك تعريف له من قبل المشرع، وإنما اكتفى هذا الأخير بالإشارة إليه في معرض حديثه عن المحل والسبب (المادتان 93 و 97 مدني)[1]، فهل معنى ذلك أن النظام العام يرتبط بالعناصر المادية للعقد وهما المحل والسبب أكثر من الأهلية والرضا؟ وبعبارة أخرى هل يمكن القول بأن النظام العام مفهوم يحدده القانون فحسب وبالتالي يصبح خاضعا له؟

أو بمعنى آخر هل وجود النظام العام مرتبط بوجود القانون؟ وهل يستمر وجود القانون بدون النظام العام؟

بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية التي ورد ذكر النظام العام فيها نلاحظ أن المشرع اكتفى بذكر المبدأ دون إعطاء معنى محدد بشأنه وحسنا فعل لأن تعريفه يجب ألا يضبط ضمن تعريف دقيق، وقد رأينا ذلك في تعريف النظام العام ولا يجب أن يفهم النظام العام بأنه القواعد الآمرة، لأن هاته الأخيرة، وإن كانت تستمد من قواعد النظام العام إلا أنها ليس حصرية فليس كل القواعد الآمرة تعبر بالضرورة عن النظام بينما العكس غير صحيح.

---

[1]Ghestin (J), la notion du contrat en droits, n°12, P.149.

مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص.149.

أما بالنسبة للقضاء فقد أعطى للنظام العام مفهوما مستقلا ووظيفة لم يمنحه إياها المشرع وهي تتعلق بالمصلحة العامة[1]، حيث يختلف تعامل القاضي مع المصلحة العامة عن تعامل المشرع، فالقاضي ومن خلال النظر في القضايا المعروضة عليه، يجب أن يتحقق من مضمون الالتزامات الناتجة عن العقد فيما إذا كانت مشروعة أو غير مشروعة عن طريق دراسة آثار العقد ومن خلال تطبيق الالتزامات التعاقدية، لذلك يبقى للقضاء السلطة الواسعة في تحديد العقود والتصرفات المخالفة للنظام العام.

فالقوة الملزمة للعقد ترغم القاضي على التدخل في العقد من أجل تأويله عندما يكون العقد في حاجة إلى التأويل، وبذلك فإن دور القاضي في التأويل يكون إيجابيا[2]، وهو يجسد بذلك المعنى الحقيقي لمبدأ سلطان الإرادة، وفي المقابل فإن أي تدخل للقاضي من أجل تعديل العقد متى كانت هذه النية واضحة بدعوى مسايرة العقد للظروف المستجدات فإن دور القاضي حينئذ يكون سلبيا وبالتالي يمس بإرادة الطرفين.

الفرع الثالث: انتقال النظام العام الحديث من الحد من سلطان الإرادة إلى تقوية هذه الإرادة

قد يبدو هذا العنوان متناقضا مع كل ما سبق ذكره ولكن بمزيد من البحث والتقصي نجد أن مفهوم النظام العام لا يجب أن يفهم بأنه لا بد منه في كل عملية تعاقدية، أو أنه عائق على الحرية التعاقدية.

إن المتمعن في مفهوم النظام العام خصوصا في القانون الخاص يبرز لنا مدى الدور الذي يمكن أن يلعبه هذا المفهوم حيث انتقل من دور الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتحقيق التوازن العقدي إلى دور حديث أصبح فيه النظام العام يقوم بتقوية هذه الإرادة[3]، حماية

---

[1]- Malaurie (Ph), op.cit, n° 64, p 49.

[2]- سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، باريس، 1965، ص131.

[3]- محمد شيلح، المرجع السابق، ص193.

-Malaurie (Ph), n°21, op.cit,p.19.

للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إن كلا من النظام والعقد يرتبطان ببعضهما البعض وكل منهما يرتبط بمبدأ سلطان الإرادة، فإذا كان النظام يحد من الإرادة فإن العقد ينفذ التزامات صادرة عن هذه الإرادة[1].

إن دور النظام العام يجب ألا يفهم بأن وظيفته هي الحد من الإرادة التعاقدية فحسب بل يؤدي دورا آخر ألا وهو تحقيق العدالة التبادلية والعدالة التوزيعية[2].

فالنظام العام يقوم بإرساء العدالة في العلاقة التعاقدية باعتبارها القيمة الأسمى سواء تعلق الأمر بالتبادلية أو بالتوزيعية.

فأما التبادلية فقد رأينا أن للنظام العام الدور الحاسم والسلطة المطلقة في تحقيق العدالة متى تم التعبير عن الإرادة ومتى كان الأمر كذلك، فإنه يتعين وأمام التجاوزات التي يمكن أن يتضمنها العقد أن يقف إلى جانب الإرادة من أجل تقويتها وهو ما أثر على مفهوم النظام العام حيث أصبح له مفهوم موضوعي أكثر من التعريف القائم على المفهوم الذاتي.

ولعل ما يثبت ذلك هو أن المشرع يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة مع إيراد قيود عليه كما ورد في المحل والسبب، وهذا ما دفع ببعض الفقهاء المناصرين لهذا المبدأ دعوتهم لانتعاش هذا المبدأ من جديد، وبالتالي "التشبث به والاعتراف له بالتطور تحت ضغط الظروف والحاجات كما أنه يجب أن يؤخذ هذا المبدأ بالمرونة والتي تسمح له بالملاءمة بينه وبين مقتضيات كل عصر"[3].

---

[1]- مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص29.

[2]- مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص295.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، منشورات محمد الداية، 1934، فقرة 102، ص102.

محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، مصر 1994، ص26.

ثم أليس من واجب النظام العام أن يحمي الإرادة التعاقدية متى نشأت بين شخصين متعاقدين ما دام قد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة، فيصبح من العدل الوفاء بهذه الالتزامات على أكمل وجه؟ أليس الاخلال بذلك هو إخلال بالنظام العام ذاته؟ فالمهم في العقد ليس التعادل بين الشيئين المتبادلين، فحسب وإنما توفر الحرية والإرادة المستقلة لكل منهما.

إن اللجوء إلى النظام العام في مثل هذه الحالات يصبح ضروريا لحماية الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة في جانب الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لأن مفهوم النظام العام يجب أن يفهم ليس فقط وفق المفهوم الذاتي ولكن أيضا من خلال المفهوم الموضوعي للمبدأ كما رأينا.

المطلب الثالث: مظاهر تقييد النظام العام الحديث لمبدأ سلطان الإرادة

إذا كان المبدأ الأساسي في العلاقات التعاقدية هو الحرية، إلا أن هذا المصطلح قد أصبح مقيدا بالنظام العام والآداب، ونلاحظ أن هذا المفهوم قد أصبح يتسع ليشمل مجالات عديدة نظرا لتزايد الحاجة إليها وارتباطها بالتطور الذي أصبح يفرض نفسه مما أجبر الدولة على مزيد من التدخل من أجل تحقيق الغايات الاقتصادية والاجتماعية[1].

وكنتيجة لذلك ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي التوجيهي، والذي يقصد به كما أشرنا تدخل الدولة في القطاعات الاقتصادية بغرض إقامة التوازن بين الصالح الفردية والجماعية أو هو " مجموعة الضوابط الموضوعية التي يتدخل بها المشرع في العقد للحد من الأحكام الاتفاقية التي يبرمها الطرفان، وتتضمن عدم مخالفة هذه الأحكام للنظام العام

---

[1]- أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص330.

-Ghestin (J), op.cit, n° 130, et s, p 109, et s.

الاقتصادي والاجتماعي القومي ويفرض كل ما من شأنه تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية"[1].

ورغم صعوبة ضبط مفهوم النظام العام الاقتصادي التوجيهي هو الآخر، إلا أن الغرض منه هو زيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وتنظيم اقتصاد السوق نتيجة زيادة الانتاج وما ينجم عنه من زيادة في توزيع وتبادل واستهلاك السلع والخدمات.

ويتمثل هذا التدخل في حماية حرية السوق، لأن المساس بها هو مساس بالحرية التعاقدية ذاتها، أو هو مراقبة الاقتصاد وتوجيهه بل وتسييره وفق منهجية معينة[2].

فالنظام العام الاقتصادي التوجيهي إنما يقوم على تدخل الدولة بغرض الحد من نشاط الفاعلين الاقتصاديين بهدف تحقيق المصلحة العامة وحسن سير الاقتصاد، فهناك ارتباط وثيق بين الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي، وكل تغير في أحدهما يؤثر على الآخر وبدون وجود قانون ينظم العلاقات الاقتصادية سيؤدي ذلك إلى مزيد من الفوضى.

إن النظام العام الاقتصادي أصبح يفرض قيودا على الحرية التعاقدية بواسطة قواعد آمرة[3]، ولقد أصبح تدخل الدولة جليا في النظام التعاقدي للدفاع عن المصلحة العامة، حيث أصبح العقد موجها تراعى فيه المصلحة الجماعية قبل المصلحة الفردية، ولقد أدى ذلك إلى تدخل المشرع ليس فقط في تقييد حرية التعاقد ولكن أصبح يتدخل أيضا في تنظيم شروط العقد وفي مضمونه أيضا حفاظا على المصلحة الوطنية حتى قيل بأن سلطان الإرادة قد تحول إلى سلطان القانون، أو إلى إرادة السلطان لا إلى سلطان الإرادة[4].

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص281.

[2]- كما في الدول ذات النظام الليبرالي، د علي فيلالي، المرجع السابق، ص281.

[3]- ويتضح ذلك جليا في بعض العقود كعقد العمل، وعقد التأمين، سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص90، أشار إليه تيورسي محمد، المرجع السابق، ص226، في الهامش.

[4]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص229.

وبما أن الاقتصاد لا يقوم إلا على مبدأ الربح دون أي اعتبار آخر، لذلك فإن تدخل المشرع للحد من الحرية التعاقدية من خلال مجموعة القوانين التي تنظم الاقتصاد الوطني قد أصبح مبررا[1].

ولعل من أبرز القوانين التي تنظم العلاقة التعاقدية في المجال الاقتصادي فيما بين المهنيين أنفسهم هو قانون المنافسة[2] أما فيما يخص العلاقات فيما بين المهنيين والمستهلكين فهو القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3]. و نستعرض فيما يلي بعض مظاهر تقييد مبدأ سلطان الإرادة من خلال النظام العام التوجيهي (الفرع الأول)، ثم من خلال النظام العام الحمائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر تقييد سلطان الإرادة من خلال النظام العام التوجيهي

يهدف النظام العام الاقتصادي التوجيهي إلى تحقيق مجموعة من الأهداف وهي في مجملها تؤثر على الحرية التعاقدية وبالتالي على مبدأ سلطان الإرادة.

---

[1] أورد الدكتور علي فيلالي قائمة لهذه القوانين في كتابه الالتزامات المرجع السابق، ص.ص.283، 284.

[2] – الصادر بالأمر رقم 03-03 الصادر في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل بالقانون رقم 10-05 بتاريخ 15 أوت 2010.

وطبقا للمادة 6 من الأمر رقم 03-03 والتي تورد صورا للمساس بحرية المنافسة وهي مذكورة على سبيل المثال فقط سيما وأن المشرع استعمل عبارة " ... لا سيما عندما ترمي....'، وهي نوعان الأولى:

اتفاقات تهدف إلى التقليل من عدد المنافسين، واتفاقات تهدف إلى الحد من حرية المنافسة.

ومثال الأولى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، سياسة المقاطعة والتهميش، شرط عدم المنافسة، ومثال الثانية عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الاسعار أو انخفاضها.

عياد كرافلة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص52.

[3] – القانون رقم 09-03 الصادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2009 وهو القانون الذي يحدد العلاقة فيما بين المهنيين والمستهلكين من حيث فرض التزامات وأعباء على عاتق المهنيين مما تؤدي إلى انعدام الحرية التعاقدية فيما بين الطرفين وهذا بفعل القواعد التنظيمية التي تنظمها هذا القانون حتى أصبح عقد الاستهلاك يصنف ضمن العقود التنظيمية.

لقد أصبح من واجب الدولة التدخل في الحياة الاقتصادية التي تقوم على أساس العقد. فالإرادة أصبحت وسيلة لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية[1] ولم تصبح غاية في حد ذاتها، وبالتالي فالمشرع أصبح يفرض على الأفراد وجوب أن تكون إرادتهم مطابقة لما نص عليه المشرع، وإذا كان التدخل التقليدي للنظام يكتسي شكل البطلان المطلق فإن الأمر يختلف بظهور جزاء جديد إلى جانب الجزاء المدني ألا وهو الجزاء الجنائي كالغرامات[2].

أولا: التوفيق بين الحرية التعاقدية وتدخل الدولة (الاقتصاد التعاقدي)

رغم التدخل الحديث للدولة في المجال الاقتصادي وما صاحب ذلك من تقييد للحرية التعاقدية إلا أنه أصبح من الضروري إيجاد حل للتوفيق بين المفهوم التقليدي للحرية التعاقدية والتطور الحديث في مجال تدخل الدولة في توجيه الاقتصاد، لذلك كان لا بد من الإبقاء على الحرية التعاقدية كمبدأ عام، أما الدولة فتكتفي بالتدخل عن طريق إظهار السياسة الاقتصادية وإعداد المخطط العام والبرامج الاقتصادية طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة[3].

إن تدخل المشرع من خلال هاته القيود إنما هو بغرض تحقيق العدالة والتوازن العقدي نظرا لعدم كفاية القواعد التقليدية في تنظيم اقتصاد السوق،

إن التطور الحالي في المجال الاقتصادي أصبح يفرض على الدولة المزيد من التدخل ومن ثم فقد توسع مفهوم النظام العام ليشمل تحقيق الأهداف الاقتصادية، فظهرت

---

[1]- مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص187.

Ghestin (j) l'évolution du droit français des contrats et l'économie, Edition, cujas, 2002, p 215.

[2]- المواد 56، 57، 58، 59، 60، 61، 62، عقوبات

[3]- Ottenhof (Reynold), le droit pénal et la formation du contrat civil, L.G.D.J 1970, n° 119, p 114.

فكرة النظام العام الاقتصادي لأن الإبقاء على النشاط الاقتصادي للأفراد بدون ضوابط يعرض المجتمع إلى مخاطر اجتماعية واقتصادية خطيرة[1].

ثانيا: النظام العام التوجيهي وسيلة لإثراء العقد

لقد تم تجاوز النظام العام التقليدي الذي كان يقتصر دوره على الحفاظ على المقومات الأساسية لتنظيم المجمع والذي كان بعيدا عن مبدأ سلطان الإرادة [2] إن التطور الحديث وبحكم تطور الاقتصاد استلزم إيجاد نظام اقتصادي حديث يتدخل في العلاقة العقدية بقصد إغناء القاعدة القانونية، وبالتالي حماية الجانب الضعيف في العقد، مما يؤدي إلى حسن سير الاقتصاد والتخفيف من انعدام التوازن بين الأطراف المتعاقدة.

لقد أصبح من واجب الدولة أداء وظيفتها من جهة بتكريس الحرية التعاقدية ومن جهة أخرى بتكييف القواعد القانونية للتوجه الاقتصادي الحديث[3] ويجب ألا يكون الاقتصاد مرادفا للفوضى أو لقاعدة العرض والطلب، أو لانعدام وجود القانون بل إلى خدمة القانون، وبالتالي العقد، إن إدراج قواعد قانونية لإثراء العقد معناه إقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين، وبالتالي تحقيق أكبر قدر من الفعالية فيما يتعلق بالأسعار والمنافسة، والتوازن العقدي وحماية الفئات الضعيفة عن طريق ترتيب جزاءات جنائية على التصرفات المنافية للمنافسة الشريفة[4].

---

[1]– تيورسي محمد، المرجع السابق، ص225.

[2]–Carbonnier (J), op. cit, n° 32, p 133.

–وفي ذلك يقول الفقيه Bernard Paul "يجب أن نزداد تعمقا في مفهوم النظام العام الاقتصادي، ويقتضي منا ذلك أن نضعه في إطار مجموع الهياكل والمعطيات الاجتماعية وذلك حتى يمكن إدراك حقيقته".

–Bernard Paul, la notion d'ordre public en droit administratif, Montpelier, 1959, p.p 39.40.

[3]–Strack (Boris), introduction au droit, par Reland, (H) , Boyer (L) Litec, 1991, n° 144, p 64.

[4]– Serra (Yves), le droit français de la concurrence, Dalloz, 1993, p. 5.

إن إدراج قواعد تخص العلاقة بين المهنيين المستهلكين بهدف حماية هذه الأخيرة أصبح من واجبات الدولة الحديثة بغرض إقامة علاقات تعاقدية تحمي الفئة الضعيفة من جهة، وتكفل حقوق الفاعلين الاقتصاديين من جهة أخرى[1].

ثالثا: احتكار المشرع حق التدخل في النظام العام التوجيهي

لقد أدى تدخل الدولة في العلاقة العقدية إلى تقييد حرية التعاقد وسلطان الإرادة، [2] لقد أصبح للمشرع حق التدخل في العقد من خلال تنظيم الاقتصاد عن طريق قواعد قانونية ملزمة بهدف استقرار الأسعار وحماية القدرة الشرائية للمواطن وتوجيه الاقتصاد بما يحقق التوجهات المطلوبة من طرف المشرع بقصد تحقيق الأمن القومي .

فللمشرع ألا يعتد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين كلما كان التدخل في العلاقة العقدية يستلزم تنظيما للأسعار والبضائع والسلع والخدمات وحماية الاقتصاد من التقلبات الاقتصادية، كما أصبح من حق المشرع التمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد[3] حيث أصبح من حق الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الحصول على حقوق مكتسبة في ظل النظام العام الاقتصادي لم يكن ليحصل عليها في ظل النظام العام التقليدي[4].

لقد أصبح من الضروري التدخل التشريعي في العلاقة العقدية لمنع العلاقات غير المشروعة، بل أصبح تدخله واجبا لإقامة العدالة التعاقدية.

الفرع الثاني: مظاهر تقييد مبدأ سلطان الإرادة من خلال النظام العام الحمائي

1- Serra (Yves) op. cit, p8.

2- Ottenhof (Roynald), le droit pénal et la formation du contrat civil, L. G. D. J , 1970 no 14, p 106, n° 109, p 106.

3- Malaurie (Ph) les contrats contraire à l'ordre public (étude de droit civil comparé) : France, Angleterre thèse (U.R.S.S.) édition matot-braine, Reims, 1993, n° 79, p57.

4- MALAURIE (PH), op.cit, n° 80, p 58.

لقد أضفى المشرع على النظام التعاقدي الحديث الطابع الجنائي إلى جانب الطابع التقليدي والذي كان يقتصر على الجزاء المدني، وهو البطلان، أو قابلية العقد للإبطال ولقد كرس الدستور الجزائري الحديث [1] حرية الاستثمار والتجارة من جهة، لكن من جهة أخرى تكفل الدولة ضبط السوق وحماية المستهلكين كما يمنع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة (المادة 43 من الدستور) غير أن المشرع تدخل بجزاءات جنائية أو مدنية كما جاء في قانون حماية المستهلك [2] (المواد 53 إلى 93 منه)، كما تضمن القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية جزاءات جنائية على الممارسات التجارية غير المشروعة (المواد من 14 إلى 65 منه)[3] كما تضمن القانون المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية والذي يتضمن جزاءات جنائية في المواد من 30 إلى 41 منه.[4]

ومن خلال الرجوع إلى هاته القوانين، نجد أن المشرع لم يكتف بالجزاءات المدنية التقليدية المخالفة للنظام العام بل ضمن المخالفات التي تخالف نصوص هاته القوانين جزاءات جنائية تختلف حسب نوع المخالفة وحسب ما يمكن أن تشكله من خطر على أمن وسلامة المستهلك، بل ولم يكتف المشرع بتقرير الجزاءات الجنائية فيما يخص ما ورد في هاته القوانين فحسب، بل تدخل في الجانب الاقتصادي والاجتماعي، بل وفي كل المعاملات التي تتم فيما بين المتعاملين الاقتصاديين أنفسهم أو في العلاقة مع الأفراد العاديين، ولم يكتف بتنظيم هاته العلاقات فحسب، بل ضمنها جزاءات جنائية تستجيب للأغراض التي توخاها المشرع منها، وهي تهدف في الوقت نفسه حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

---

[1]- الصادر بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر العدد 14.

[2]- القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15 بتاريخ 2009/03/08.

[3]- القانون رقم 04-02 والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بتاريخ 2004/06/27 ج ر عدد 41، المعدل بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر 46.

[4]- القانون رقم 04-08 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية الصادر بتاريخ 2004/08/18، ج ر عدد 52.

لقد جاء هذا التدخل من طرف المشرع استجابة للتحولات السياسية الاقتصادية والاجتماعية العميقة التي أعقبت انهيار الرأسمالية، وبما كانت تتصف به من تكريس حرية الإرادة، وبالتالي حرية العمل بما ينجم عن تكريس الثروة في يد صاحب العمل، لقد جاء تدخل المشرع استجابة للمظالم التي كانت ترتكب باسم الحرية الاقتصادية تدعيما لشعار دعه يعمل دعه يمر. و يختلف مجال تقييد النظام العام الحمائي لمبدأ سلطان الإرادة بالمفهوم العام عنه بالمفهوم الاجتماعي.

أولا: مظاهر تقييد مبدأ سلطان الإرادة في النظام العام الحمائي وفق المفهوم العام

عملا بما يهدف إليه النظام العام الاقتصادي الحمائي، ألا وهو حماية الطرف الضعيف اقتصاديا [1] إلا أن الاتجاه الحديث أصبح يتجه نحو الحماية الجماعية للأفراد كما هو الشأن بالنسبة لحماية فئة العمال والمستهلكين حيث لا يقتصر على الحماية الفردية للمتعاقد.

فإذا كان المذهب الفردي هو الذي ولد مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية عن طريق النظام العام التقليدي، والذي يجب ألا يمس بالحرية التعاقدية[2] فهل يمكن اعتبار الحرية التعاقدية المجال الوحيد للإرادة؟ أم أنها وسيلة بيد المشرع من أجل بلوغ غايات وأهداف اجتماعية سامية؟

لقد أدى التطور العميق في الميدان الاقتصادي والاجتماعي إلى ضرورة تدخل المشرع لتنظيم كيفية إنشاء العقد وترتيب آثاره ليس فقط بقواعد آمرة فحسب، ولكن بترتيب جزاءات جنائية[3] تلبية للحاجة الماسة إلى ذلك.

---

[1] – CORBONNIER (J), droit civil, t. II, no 116.

[2] – OTTENHOF (Reynold), op. cit, p 118.

[3]– Ottenhof (Reynold), op. cit, p 139.

--مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص194.

1-اتساع دائرة النظام العام الحمائي وفق المفهوم العام

إن وجود مثل هذه الجزاءات في ظل النظام العام الجديد للعلاقة العقدية سيتعدى بلا شك القواعد الآمرة في النظام العام التعاقدي، ولعل إدراج التزامات جديدة في العلاقة العقدية كالالتزام بالإعلام، والالتزام بضمان السلامة، والالتزام بحماية المستهلك وحماية العمال، والتعاون التعاقدي إنما يعني وجود نظام عام تعاقدي محله العقد.

لقد زال النظام العام المطلق ليحل محله النظام العام الجديد القائم على تصحيح التجاوزات في الحرية التعاقدية [1]، بل أصبح النظام وسيلة لإصلاح الحرية التعاقدية ذاتها مما أدى إلى ظهور النظام العام الحمائي الجماعي[2]، والذي يهدف إلى حماية فئات من الأفراد من تعسف الطرف القوي في العلاقة العقدية التي تجمعهم مثل فئات العمال والمستهلكين والفلاحين والمستأجرين.

إن النظام العام الحمائي أو النظام العام الاجتماعي إنما يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، وذلك من خلال تدخل المشرع لتنظيم هذه العلاقة بين الطرفين حيث يقوم بوضع الشروط والمقاييس التي تحكم هذه العلاقة، مما يؤدي إلى استبعاد كل الشروط التعسفية التي قد يفرضها الطرف القوي، وبالتالي تكريس الحد الأدنى من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطرف الضعيف[3].

إن تبني هذه الحماية إنما هو بسبب عجز نصوص القانون المدني عن تحقيق ذلك باعتبار أن الأفراد متساوون أمام القانون، ولعل أبرز مثال لذلك تدخل المشرع من خلال

---

[1] – Ottenhof (Reynald), op. cit,n° 119, p 114.

[2]– مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص195.

[3]– د. علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص285، مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص238، ماسى (أمحمد) المرجع السابق، ص64.

القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[1] مبرزا تنظيم هذه العلاقة بنصوص آمرة من خلال جوانب متعددة كلها تتعلق بعقد العمل المبرم بين العامل والمستخدم[2] من حيث الحقوق ومن حيث الواجبات، ومنها أيضا العلاقة التي تربط المهنيين بالمستهلكين[3].

صحيح أن هناك ما يسمى بعقود الاذعان في القانون المدني[4] والتي ينفرد فيها الطرف القوي بوضع شروطه المجحفة في العقد، إلا أن نظرية الاذعان لم يكن لها سوى تأثير محدود باعتبارها تنظم حالات معينة فقط ولا تنظم العقود التي تمس فئات بعينها مما يجعل تأثيرها قليل الفعالية.

فالقانون المدني لا يعير اهتماما لانعدام التوازن في العقد في حد ذاته، فكل عقد حر هو عقد عادل مبدئيا [5] إلا أن هذا القول والذي ظهر في عز نشوء المذهب الفردي أصبح لا وجود له في الواقع، لذلك فإن كل خلل في الجانب الاقتصادي لأطراف العلاقة العقدية قد أصبح يستدعي التدخل من طرف المشرع لإقامة التوازن المطلوب لرأب هاته الهوة بين الطرفين المتعاقدين.

وقد تتمثل الحماية في فرض أعباء على الطرف المتعاقد القوي لإقامة التوازن كالالتزام بالإفضاء والالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة، وقد تضمنت بعض نصوص

---

[1]- وهو القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل بالقانون رقم 91-29، المرسوم التشريعي رقم 94-03، المرسوم التشريعي رقم 94-09، الأمر رقم 96-21، الأمر رقم 97-02، الأمر رقم 97-03.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص286.

[3]- القانون رقم 09-03 الصادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2009، والمادة 13 منه والتي تعتبر الضمان، إلزاميا في السلع، والخدمات، كما يتعرض المخالف لأحكام هذا القانون إلى عقوبات تختلف درجتها حسب نوع المخالفة، المواد 68 إلى 93 منه.

[4]- المادة 110 مدني.

[5]- وإن كانت هاته المقولة تنسب إلى الفقيه fouillé

- GOUNOT, op. cit, p 133.

القانون المدني مثل هذه الحماية إلا أنها ليست كافية لتشمل جميع الفئات الضعيفة تعاقديا واقتصاديا[1].

إن المقتضيات الحمائية الجديدة كمهلة للتفكير والحق في الاعلام، وضمان السلامة، تحتاج إلى وسائل مساعدة لإبرام العقد فلم يعد هناك مجال للحديث عن مبدأ سلطان الإرادة[2].

2-تنوع الجزاء في النظام العام الحمائي وفق المفهوم العام

إن من أبرز النتائج المترتبة عن مخالفة قواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي والنظام العام الحمائي تتعلق بنوع الجزاء المترتب فالجزاء المترتب عن مخالفة النظام العام الاقتصادي التوجيهي هو البطلان المطلق، لأنه متعلق بحماية المجتمع من المبادرات الفردية التي تمس الصالح العام[3]، أما الجزاء عند مخالفة النظام العام الاقتصادي الحمائي فإن بطلان التصرف القانوني يخدم مصلحة المتعاقد القوي، وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الاجتماعي، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي بقاء العقد مع إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه كما نصت على ذلك المادة 110 مدني بخصوص عقود الاذعان، أو استبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون كما نصت على ذلك المادة 136 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[4]، والظاهر هو أن البطلان هنا هو بطلان نسبي شبيه بالبطلان لدى ناقص الأهلية[5].

لقد أصبح النظام العام بمفهومه الواسع مرتبطا بمبدأ سلطان الإرادة ولم يعد استثناءا من مبدأ الحرية التعاقدية، بل بالعكس حيث أصبح النظام العام هو الإطار الذي تدور حوله

---

[1]- المواد 110، 112، 185، د علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص287.

[2]- مهم أبو بكر، الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، الدار البيضاء المغرب 2004، ص235.

[3] – TERRÉ (F), Simler (Ph), Lequette (Y), droit civil, les obligations, op. cit, n 360, p 304.

[4]- مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص259.

[5]- فاضل خديجة، المرجع السابق، ص61. وما بعدها.

النظرية العامة للعقد[1]، ولعل ما يزكي هذا الطرح هو اتساع مفهوم المصلحة العامة والذي عرف تحولا عميقا، فلم تعد هذه المصلحة تقتصر على حماية المصالح الأساسية للمجتمع وإنما أصبحت تتسع لتشمل العلاقات فيما بين الأفراد، والتي هي مصالح خاصة، حيث أصبحت جزءا من النظام العام ولعل ما يؤكد هذا الطرح هو بروز النظام العام الحمائي.

إن المشرع لم يكتف بوضع قواعد آمرة ضمن النظرية العامة للعقد لحماية الطرف الضعيف فحسب، إذ أن حماية المستهلك أو الأجير مثلا إنما هو بسبب عدم ملاءمة مبدأ سلطان الإرادة وعدم كفايته لتنظيم الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد وأثره النسبي.

إن التطور الهائل للنظام العام الحمائي الذي يخص فئة معينة من المتعاقدين قد أصبح يتجاوز إلى حد بعيد المبادئ التقليدية التي تنظم العقد، لقد أصبح من غير الممكن تحقيق العدالة استنادا إلى القواعد العامة للعقد، ولعل هذا ما يفسر ظهور نصوص خاصة تسمو على القواعد العامة، وهذا بغرض حصول كل شخص على ما يستحقه من حماية مناسبة له[2]، فالمشرع عندما يهتم ببعض الفئات كالنقابات وجمعيات المستهلكين بغرض تنظيم مصالح أعضائها، إنما يفعل ذلك لأنها تمثل في نظره جزءا من المصلحة العامة أو هي امتداد لها[3]، إذ هو يقتصر فقط على حماية الطرف الضعيف، لأن الحماية إنما وجدت لمصلحته فقط وتتمثل الحماية هنا في أن حق الإبطال إنما هو مقرر للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث يبقى حق الإبطال مقررا لصالح هذا الطرف فحسب، كما إذا انتقصت بعض حقوق العمال في عقد العمل المنصوص عليها قانونا[4].

---

[1] – MEKKI Mustapha, L'intérêt général et le contrat, contribution de la hiérarchie des intérêts en droit privé, ed L. G. D. J. Delta, Paris, Beyrouth, 2004, p 187.

[2]– مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص277.

[3]–Gerard Farjat, L'ordre public économique, L. G. D. J, Paris, 1963, p 115.

[4]–كما إذا تم خرق المدة القانونية للعمل بأن زادت عن 40 ساعة (المادة 1/4 من الأمر رقم 97–03 الذي يحدد المدة القانونية للعمل أو حرم العامل من الحد الأدنى للأجر المضمون (المادة 87 من القانون رقم 90–11 المتعلق بعلاقات

ومثالها أيضا عدم ذكر البيانات الالزامية في عقد التأمين، وكذا طبيعة المخاطر المضمونة، مما يشكل مساسا بالحماية المقررة للمؤمن له، لأن اشتراط الكتابة في عقد التأمين إنما هو حماية له.

ولعل ما يبرز وجه الحماية الخاصة لقواعد النظام العام الحمائي إنما هو تنوع الجزاء، فقد يتمثل هذا الأخير في بطلان الشرط غير المشروع مع الاحتفاظ بالعقد فنكون بصدد البطلان الجزئي للعقد[1] كما إذا تضمن عقد العمل بندا ينتقص من الحقوق التي منحت للعمال بمقتضى التشريع أو الاتفاقيات الجماعية[2] ومنه أيضا حالة ما إذا ورد في عقد التأمين شرط يسقط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم، لأن غالبية المخالفات إنما تنجم عن مخالفة القوانين أو اللوائح[3].

وقد يتمثل الجزاء في تعديل بند من بنود العقد سواء بالحذف أو بالإضافة أو بالإنقاص أو غيره لكن دون إزالة العقد.

و قد يتمثل التعديل إما في صورة تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو بالانقاص، وإما في تعديل مدة العقد، وإما في تعديل قيمة الأداءات[4].

فبالنسبة للشرط الجزائي يستمد التعديل قوته من الاتفاق الوارد بالعقد الأصلي لضمان تنفيذ العقد، وهو أيضا ضمان لحق الدائن متى أصابه ضرر وهو عبارة عن تعويض يحصل عليه الدائن متى لحقه ضرر تفاديا للجوء إلى العدالة، فمثل هذا التعويض قد يكون مفرطا

العمل، والمرسوم الرئاسي رقم 11-407 المؤرخ في 29 نوفمبر 2011 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون ، ج ر عدد 66، مؤرخ في 04 ديسمبر 2011.

[1]- ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص33، فاضل خديجة، المرجع السابق، ص63.

[2]- المادتان 136 و137 من القانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل.

[3]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص75.

[4]- فاضل خديجة، المرجع السابق، ص67.

وقد لا يتناسب مع الضرر، فيكون للقاضي حينئذ سلطة التعديل بالزيادة أو بالإنقاص (المواد 183، 184، 185 مدني).

وقد يتمثل التعديل في تعديل مدة العقد حيث أقر المشرع لأطراف العقد بالنسبة للإيجارات ذات الاستعمال السكني حق البقاء في الأمكنة طبقا للمادة 514 مدني لكن وبعد تعديل 2005 تخلى المشرع عن حق البقاء وترك المبادرة للأطراف، إلا أنه وفيما يخص عقود الإيجار ذات الاستعمال التجاري فقد منح المشرع للمستأجرين حق التمسك بالتجديد متى استغلوا المتجر مدة سنتين متتابعتين وفقا لإيجار واحد أو إيجارات متتالية شفاهية كانت أم كتابية عملا بالمادة 1/172 تجاري، كما يجب وفي نفس الإطار استيفاء شروط أخرى ورد النص عليها في المواد 174، 176، 177 تجاري.

وفي المقابل، وطبقا للمادة 468 معدلة مدني والتي تنص: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام، بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث(3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات".

وفيما يتعلق بتعديل قيمة الأداءات، فقد ورد النص على بعض الأمثلة، كما هو الشأن في المادة 193 تجاري، والمتعلقة بمراجعة بدلات الإيجار ذات الاستعمال التجاري حيث قيد المشرع ذلك بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الشروع في الاستغلال أو تاريخ بدء الإيجار المجدد[1].

---

[1]- المحكمة العليا، الغرفة التجارية قرار صادر بتاريخ 2 نوفمبر 1985 ملف رقم 34850، المجلة القضائية العدد 1، 1989، ص128.

فاضل خديجة، المرجع السابق، ص70.

علي فيلالي، الالتزامات النظرية العام للعقد، المرجع السابق، ص237.

ثانيا: تقييد مبدأ سلطان الإرادة في النظام العام الحمائي وفق المفهوم الاجتماعي

يتميز الجزاء التقليدي في العقد بالبطلان أو قابلية العقد للإبطال، أما اليوم فقد ظهر جزاء جديد في العقد إلى جانب الجزاء المدني ألا و هو الجزاء الجنائي، فهل يمكن الجمع بين الجزاء المدني و الجزاء الجنائي في العقد؟ و هل يعد هذا الأخير قيدا على حرية التعاقد؟

إن الحرية التعاقدية قد أصبحت مقيدة تحقيقا لمصلحة المتعاقد و حماية للمجتمع أيضا و لم تصبح قائمة على أساس إرادي محض، فقد أدت تجاوزات المذهب الفردي و المغالاة في استعمال الحرية التعاقدية أن أصبح تدخل المشرع أمرا واجبا لإعطاء العقد فعالية أكثر [1].

إن ما دفع المشرع إلى اللجوء إلى الوسائل الجنائية لتنظيم العقد إنما هو تكريس للنظام العام الاجتماعي حماية للفئات الاجتماعية المتعاقدة[2]، و من ثم استبعاد كل العقود المخالفة للنظام العام، لكن السؤال المطروح هو هل أن الجزاءات الجنائية في العقود جاءت على حساب الحرية التعاقدية و من ثم المساس بالثقة في المعاملات و حسن النية و التعاون التعاقدي؟

إن فرض الجزاء الجنائي إلى جانب الجزاء المدني على الإرادة التعاقدية يضع العقد بين دائرة المذهب التقليدي في الحرية المطلقة و المذهب التوجيهي في الحرية المقيدة، فيصبح العقد محل جدل بين هذا و ذاك من أجل إيجاد حل وسط. لقد تحول النظام العام الجديد إلى تصحيح تجاوزات الحرية التعاقدية مما أدى إلى إضفاء الطابع الجزائي على

---

[1]– Carbonnier (J), Flexible droit 7ème édition, L.G.D.J, 1992, P.289.

Savatier (R), L'ordre public économique, D.1965, Ch.37, P.44.

[2]– OTTENHOF (Reynold), le droit pénal et la formation du contrat civil, L.G.D.J, 1970, n°115, P.111

مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص.191.

العقد[1]، و بذلك تحول العقد من مجرد إنجاز إرادتين أن أصبح وسيلة في خدمة الصالح العام[2].

إن ظهور الجزاء الجنائي في العلاقات التعاقدية و تطوره المتزايد قد غير بحق مفهوم مبدأ سلطان الإرادة و حرية المتعاقدين رغم أن هاته الأخيرة لا زالت تحتفظ جزئيا بوجودها.

و لقد تجسد هذا الجزاء بقوة لدى مخالفة العقد النظام العام الاجتماعي.

و يقصد بالنظام العام الاجتماعي تلك القواعد التي يتضمنها القانون العام للعامل و التي تمثل الحد الأدنى من الحماية، و هي تأخذ حيزا هاما في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، و يمكن حصرها في تلك الأحكام المتعلقة بالتشغيل و تلك المتعلقة بعقد العمل المحدد المدة و المتعلقة بتنفيذ علاقات العمل ، لذلك فقد تجسد هذا الجزاء على الخصوص لدى مخالفة أحكام عقد العمل دون غيره من العقود الأخرى.

إن ما يبرر الجزاءات المدنية و الجنائية في عقد العمل إنما هو ثبوت الصبغة الآمرة لقواعده و مناط هذه الجزاءات الرادعة هو توفير الحماية اللازمة للعمال على الخصوص، لذلك فإن أي مخالفة لها قد تبطل البند المخالف لها و قد يبطل العقد كله.

و يتمثل الجزاء لدى مخالفة أحكام النظام العام الاجتماعي في نوعين أساسيين من الجزاء، الجزاء المدني و الجزاء الجنائي

---

[1]- مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص.195.

FARJAT (G), l'ordre public économique, L.G.D.J, 1963, n°69.

VASSEUR (M), un nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, in RTD civ, 1964, P.7.

[2]- OTTENHOF (Reynald), op.cit, n°153, P.144 infinie.

1-الجزاء المدني

يتمثل الجزاء المدني في النظام العام الاجتماعي في استبعاد الشرط الباطل بينما يبقى العقد صحيحا لارتباطه بالطابع المعيشي للأجير.

و قد أورد المشرع هذا الجزاء في المادتين 136 و 137 من قانون علاقات العمل حيث أبطل المشرع البند المخالف للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها على أن يحل محله أحكام هذا القانون، كما أبطل كل بند في عقد العمل مخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع و الاتفاقات الجماعية .

إن البطلان في النظام العام الاجتماعي لا يمكن أن يؤدي إلى ضياع الأجر عن العمل الذي قام به العامل، لذلك يجب استبعاد المفعول الرجعي للبطلان (المادة 2/135 من القانون 90-11).

و لا يمثل النظام العام الاجتماعي إلا مظهرا من مظاهر النظام العام المطلق الذي يتجسد في أحكام القانون الآمرة و التي تمثل حدا أدنى من حقوق العامل، لذلك فإن احترام المبادئ التي يقوم عليها قانون العمل، و التي تتعلق بالنظام العام المطلق يؤدي إلى اعتبار الاتفاق الذي يخالفها باطلا بطلانا مطلقا، و تتجلى قواعد قانون العمل التي تتسم بطابع النظام العام المطلق بشكل أكبر فيما يتعلق بتشغيل الأطفال و النساء ، في الظروف غير الملائمة أو التمييز بين العمال من حيث السن أو الأجرة أو مجال العمل (المادة 15 من القانون 90-11.

كما يتعلق الأمر بالأحكام المتعلقة بتشغيل الأجانب، و هي الأحكام التي ورد النص عليها في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل (المادة 21)، و كذا أحكام القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب كما يتعلق الأمر بالأحكام المتعلقة باختصاصات الدولة حيث لها الاختصاص في الرقابة الإدارية عن طريق مفتشيات العمل التي تتولى المراقبة ، كما أن للدولة جهات قضائية مختصة للنظر في نزاعات العمل الفردية

سواء على مستوى القسم الاجتماعي في المحكمة أو على مستوى الغرفة الاجتماعية بالمجلس أو بالغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، كل ذلك بعد إعداد محضر عدم المصالحة و بالإضافة إلى ما سبق يعتبر مبدأ حرية العمل، و مبدأ الحرية النقابية، و مبدأ الحرية الشخصية و المساواة بين الجنسين من مبادئ النظام العام الاجتماعي التي تتسم هي الأخرى بالنظام العام المطلق.

و قد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 نوفمبر 1938 أن "الاتفاقات التي تتم بين الطرفين على أشياء مخالفة للأخلاق الحميدة لا يمكن أن تسمع بناء عليها أية دعوى سواء لتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها أو لاسترداد المبالغ أو التسبيقات المؤداة بمناسبتها.

فعقد العمل الباطل لا أثر له لمخالفته النظام العام المطلق وفقا لهاته المادة حيث يجرد من أي أثر قانوني و يزول كل ما يرتبه من آثار و قد لا تسمع الدعوى بالنسبة لبعض العقود الباطلة كما لا يمكن استرداد المبالغ أو التسبيقات المؤداة بمناسبتها.

2-الجزء الجنائي

إن اكتساب قواعد عقد العمل الصفة الآمرة هي ما يبرر اتخاذ عقوبات جنائية لدى مخالفتها ، و قد أورد المشرع مختلف هذه الجزاءات في المواد من 140 إلى 154 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، و يتعلق الأمر بمخالفة العقد للأحكام المتعلقة بتشغيل القصر (المادتان 140، 141)، و المخالفات المتعلقة بإقامة التمييز بين العمال في مجال الشغل أو الراتب و ظروف العمل (المادة 142)، و الخاصة بمدة العمل و الساعات الإضافية (143 و 143 مكرر)، و المخالفات المتعلقة بالراحة القانونية (المادة 144)، و فيما يتعلق بالعقد المحدد المدة (المادة 146 مكرر)، كما عالج المشرع حالة مخالفة العقد الأحكام القانونية و التنظيمية المتعلقة بالأجر حيث خصص لها مادتين أشار في المادة 149 إلى حالة دفع صاحب العمل للعامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون،

أو عن الأجر الأدنى المحدد في الاتفاقية الجماعية، أما المادة 150 فتنص على حالة مخالفة دفع الأجر عند حلول أجل استحقاقه على أن تضاعف العقوبة في حالة العود.

كما نص القانون المتعلق بتشغيل الأجانب على جزاءات عند الإخلال بقواعده كما في حالة استخدامهم دون الحصول على رخصة أو دون تأهيل (المادتان 2، 3) أو فيما يخص مدة العمل (المواد 4، 8، 10) و في سحب رخصة العمل من الأجنبي عندما يخالف التشريع المعمول به (المادة 14) و قد أورد المشرع عقوبات على كل من صاحب العمل و العامل الأجنبي عند مخالفة أحكام هذا القانون أو مخالفة أحكام المواد 37، 80، 200، 201، 208 من القانون 78-12 ، خاصة فيما يتعلق بإفشاء الأسرار المهنية، كما يعاقب وفقا لأحكام المادة 302 من قانون العقوبات فضلا عن العقوبات المنصوص عليها في النظام الداخلي للمؤسسة (المواد 19، 20، 23، 24، 25) من القانون 81-10 السابق الذكر .

و يتمثل الجزاء عند مخالفة قواعد القانون الاجتماعي التي تتسم قواعده بالنظام العام المطلق بحسب نوع المخالفة، فإذا تعلق الأمر بتشغيل القصر يعاقب صاحب العمل بغرامة تتراوح ما بين 1000 و 2000 دج و في حالة العود يتعرض المخالف إلى الحبس ما بين 15 يوما إلى شهرين مع الإبقاء على مقدار الغرامة التي يمكن أن تضاعف (المادة 40 من قانون علاقات العمل)، كما يعاقب صاحب العمل في حالة عدم احترام ظروف استخدام الشبان و النسوة بغرامة تتراوح ما بين 2000 إلى 4000 دج، و تطبق كلما تكررت المخالفة.

و فيما يتعلق بالمخالفات المتعلقة بتشغيل العمال الأجانب تضمن القانون 81-10 أحكاما جزائية عند عدم احترام ما ورد فيه على الخصوص فيما يتعلق بتشغيل عمال أجانب أو بعدم احترام قواعد الحصول على التصريح بالعمل أو يتعلق الأمر بالمخالفات التي تمس مدة العمل أو سحب الرخصة أو غيرها من المخالفات التي ورد ذكرها في القانون 81-10

السابق ذكره، و ما يجب الإشارة إليه أن العقوبات لا تقتصر على صاحب العمل فحسب بل قد تشمل العامل الأجنبي الذي لا يحترم هو الآخر ما ورد في نصوص هذا القانون (المواد 14، 24، 25 منه).

المبحث الثاني: الوظيفة الاجتماعية للعقد تستتبع تدخل المشرع و القاضي في الحد من مبدأ سلطان الإرادة

لقد أقر القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة و فسح المجال للحرية العقدية، فالفرد في نظر هذا القانون حر في أن يتعاقد و حر في ألا يتعاقد، و إرادته هي التي تنشئ العقد، و هي التي ترتب آثاره، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين[1]، و يتم التعبير عن الإرادة "... باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[2].

لذا فقد أعلى القانون من شأن الفرد في مجال التعاقد و أعطى لإرادته سلطان التعاقد، إلا أنه لم يغفل في الوقت ذاته حماية الجماعة و المجتمع، و تتأكد هذه الحماية في المجال التعاقدي في القيود التي أحاط بها هذا القانون مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية خدمة لمصلحة المجتمع سواء عند تكوين العقد أو عند تنفيذه أو حتى بعد تنفيذ العقد.

و لم يكتف المشرع بهذه القيود التي تضمنتها نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، بل تدخل في الحد من مبدأ سلطان الإرادة من خلال قوانين خاصة في مجالات مختلفة كما في حماية المستهلك و كما في عقد العمل و كما في عقد التأمين و في غيرها من المجالات الأخرى.

---

[1] المادة 59 مدني.

[2] المادة 60 مدني.

و بالإضافة إلى مختلف هذه القيود التي تضمنتها نصوص القانون المدني أو النصوص التشريعية الخاصة فقد فسح المشرع المجال واسعا أمام القضاء للتدخل أيضا في مجال الحد من مبدأ سلطان الإرادة سواء في مراجعة شروط العقد كما في الغبن أو في الإذعان أو تضمن العقد شروطا تعسفية أو في تفسير بنود العقد أو تحديد مضمونه أو في التخفيف من الالتزام المرهق، و هي أمثلة فقط لحالات أخرى كثيرة سنستعرضها في حينها من خلال هذه الدراسة.

لذلك فالمشرع من جهة لم يصادر حرية المتعاقد في التعاقد أو في تضمين العقد ما شاء من الشروط، إلا أنه و بالرجوع إلى مختلف القيود التي تضمنتها القواعد العامة للعقد أو القواعد الخاصة ببعض العقود أو بالآليات الممنوحة للقاضي في التدخل لمراقبة شروط العقد نجد أن هذه الحرية التعاقدية تكاد تصبح حرية مقيدة إلى أبعد الحدود خدمة و انحيازا لمصلحة الجماعة و المجتمع، فلم يعد للفرد الحرية المطلقة في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، فقد تدخل المشرع و فرض حالات يجب فيها على الفرد التعاقد كما في عقد التأمين كما تدخل المشرع في منع فئات معنية من الأشخاص من التعاقد لاعتبارات خاصة كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها و المعروضة أمامهم للفصل فيها[1].

و قد تتدخل الدولة في تحديد مضمون العقد كالأسعار الجبرية فيما يتعلق ببعض السلع الضرورية، و قد تقتضي قواعد النظام العام بمختلف أشكاله تقييد هذه الحرية بما لا يتعارض مع مصلحة المجتمع بل أن حرية التعاقد هذه تكاد تندثر أمام ضرورة تحقيق العقد وظيفته الاجتماعية و التي أصبحت الإطار الضروري الذي لا غنى عنه في أي عملية عقدية كما أن قواعد النظام العام الحديث بمختلف فروعه أصبحت هي التي تشكل النموذج أو القالب الذي يجب أن يصب فيه العقد حتى قيل بأن العقد قد أصبح مركزا قانونيا منظما لا أثر فيه للإرادة للدخول في العملية العقد من عدمه.

---

[1] المادة 402 مدني.

و لدراسة مثل هذه القيود، ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه دور المشرع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، أما في المطلب الثاني فنخصصه لمدى سلطة القاضي في الحد من المبدأ.

المطلب الأول: الوظيفة الاجتماعية للعقد تستتبع تدخل المشرع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة

لقد أصبح تدخل المشرع في العلاقات العقدية يتزايد شيئا فشيئا، و قد اتخذ هذا التدخل صورا عدة تختلف باختلاف الغاية التي أراد المشرع تحقيقها من خلال هذا التدخل، فتارة يكون التدخل من أجل تحقيق العدالة العقدية و حماية الطرف الضعيف، و تارة ينشغل المشرع بتلبية الحاجيات الاجتماعية و الاقتصادية من خلال هذا التدخل، فالعقد لم يعد يقتصر على تحقيق مصلحة المتعاقدين فحسب بل أصبح ظاهرة اجتماعية تهم المجتمع ككل[1].

و في كل الأحوال تختلف درجة تدخل المشرع في العلاقة العقدية حسب نوع العقد، فإذا تعلق الأمر بالعقود ذات النظام التعاقدي و هي العقود التي يترك فيها للمتعاقدين مجالا واسعا لإعمال إرادتيهما، فيكون لمبدأ سلطان الإرادة الدور البارز في تحديد شروط العقد و آثاره، و في المقابل فإنه متى تعلق الأمر بالعقود النظامية و هي العقود التي يتولى القانون تنظيمها و تحديد محتواها و شروطها بل و آثارها أيضا فإن هذه العقود قد تنعدم فيها الإرادة، كما في الإجبار القانوني في التعاقد و قد ينحصر دور الإرادة في إبداء الإيجاب و القبول بينما يتولى القانون تنظيم بقية شروط العقد كعقد العمل و عقد الزواج[2] و قد يتولى المتعاقدان إظهار إرادتيهما مع تحديد شروط العقد غير أن القانون هو الذي يتولى ترتيب آثارها كما في عقد التأمين أو عقد الاستهلاك.

---

[1] علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص.290.
زمام جمعة، المرجع السابق، ص.362.
[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص.289.

و تأسيسا على ما سبق يتعين القول بأنه لا يمكن أن ينشأ عقد ما مهما كانت طبيعة هذا العقد بمنأى عن تدخل المشرع، و بأن الإرادة لا تستطيع وحدها إنشاء الالتزامات العقدية[1] بل أنها تساهم إلى جانب مجموعة من القواعد القانونية في إنشاء العقد و التي قد تزيد أو تنقص حسب نوع العقد و الغرض الذي أنشئ من أجله.

و لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه الأول و هو مبدأ الرضائية في المادة 59 مدني، و التي تقضي بأن العقد يتم "بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، كما نص في الشق الثاني و المتعلق بمبدأ إلزامية العقد في المادة 106 مدني، و التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

كما نصت المادة 1/107 مدني "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

و بالرجوع إلى هاته المواد المتعلقة بالمبدأ، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف مبدأ سلطان الإرادة لكن لم يمنعه ذلك من أن يضمن هاته المواد العناصر الأساسية للمبدأ، و المتمثلة في قدرة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد و في الالتزام بما رتبته الإرادة من آثار، و لقد تأثر المشرع الجزائري، مثل بقية القوانين العربية الأخرى، بالقانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1134 منه[2].

و على غرار التشريعات الأخرى، لم يأخذ المشرع الجزائري بالمبدأ على إطلاقه، بل حاول مسايرة الاتجاهات المعاصرة لمبدأ سلطان الإرادة[3].

---

[1]Seriaux (A), droit des obligations, collection droit fondamental, P.U.F. , 1992, P.16.

[2] من هذه القوانين، القانون المدني المصري المادة 1/147 منه، و العراقي المادة 1/146 منه، و اللبناني المادة 166 و 221 منه، و السوري المادة 1/148 منه، و الليبي المادة 147 منه، و الأردني المادة 241 منه، و السوداني المادة 137 منه.

[3] د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، دور الإرادة في تحول العقد، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، 2001، ص.87.

و طبقا لأحكام القانون المدني، فإن المشرع قيد دور الإرادة في نطاق العقد، متأثرا في ذلك بالأفكار الاجتماعية[1]، و الاعتداد بمصلحة الجماعة و تغير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية فأدى ذلك إلى تقلص دور الإرادة في تنظيم المعاملات إلى حد كبير.

فمفهوم المبدأ لم يعد مطلقا سواء لدى تكوين العقد أو لدى تحديد مضمون الالتزامات العقدية أو عند تنفيذ هذه الالتزامات حتى قيل بأن العقد الحر في طريقه لأن يصبح عقد موجها[2]، أو عقدا مقيدا أو عقدا منظما[3].

فلدى إبرام العقد لم تصبح حرية التعاقد مفهوما مطلقا بل قيد المشرع هاته الحرية بقيود من شأنها أن تحد من المبدأ، و في المقابل و فيما يخص القوة الملزمة للعقد لم يصبح العقد يرتب التزامات على طرفيه فحسب بل أصبح يرتب التزامات في حق الغير أيضا.

و رغم أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للمبدأ إلا أنه، و على غرار القوانين المدنية المعاصرة، يقر بالمبدأ سواء في إنشاء التصرفات القانونية أو في ترتيب آثارها، و لكن في إطاره المعقول بحيث يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة و النظام العام و العدالة و المصلحة العليا للأمة[4].

الفرع الأول: الاعتناق الجزئي لمبدأ الحرية التعاقدية

إذا كان التقاء الإرادتين أمرا محركا و دافعا لقيام العقد إلا أن الحرية التعاقدية يجب أن تمارس داخل الحدود التي وضعها المشرع فهي قد تتسع أو تضيق حسب الإطار الذي

---

[1] يعتقد دعاة المذهب الاجتماعي أن للإرادة دور متواضع في إنشاء التصرفات القانونية، بل ليست المصدر الوحيد للالتزامات، كما أنها ليست وسيلة لتحقيق الغايات التي يهدف المجتمع إلى تحقيقها.

د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص.42.

[2] د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.47.

[3] أ. بسام مجيد سليمان، د. أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.13.

[4] د. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد و تطبيقها في القانون العراقي، مقال منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، بغداد، 1981، ص.186.

وضعه المشرع لها، و الذي يجب للإرادة أن تمارس في إطاره حتى تتحقق المصالح التي وجدت من أجل تحقيقها.

و بالمثل فإن القوة الملزمة للعقد هي الأخرى يجب أن تكون هناك قاعدة تنص عليها و أن تمارس وفقا للشروط التي وضعها القانون[1].

و بالمثل فإن مبدأ الأثر النسبي للعقد و الذي يعني أن العقد لا يرتب إلا التزامات بين طرفيه فحسب هو مبدأ لم يصبح له وجود في ظل المفهوم الواسع للعقد الذي أصبح يميزه من حيث كونه واقعة اجتماعية ترتبط بقوة بالحياة الاجتماعية حيث تؤثر فيها و تتأثر بها[2].

إن المصلحة العامة و مقتضيات العدالة وفق المفهوم الحديث لهذا المصطلح أصبح يؤخذ بعين الاعتبار عند نشأة العقد، فلم يصبح العقد تحت رحمة المتعاقدين، و الأصل في قيام العقد، فقد تدخل المشرع و الذي كان معتدلا في اعتناق المبدأ كما يقول الفقيه السنهوري "فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفنى في سلطان المشرع و سلطان القاضي، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، و لا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية و بتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة و إلى مقتضيات العدالة"[3].

لقد أصبح للعقد طبيعته الاجتماعية و ما يؤكد ذلك وجود تشريعات اجتماعية هدفها حماية الطرف الضعيف في العقد و بالتالي تقليص الحرية التعاقدية و هو ما يعبر عنها بالسياسة الحمائية و التي تؤكد ضعف سلطان الإرادة[4].

---

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.124.

[2] د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.125.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.77، 78.

[4]Ripert a dénoncé l’affaiblissement du droit contractuel par la systématique pitié accordé aux faibles, René Savatier, les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui, Paris librairie, Dalloz, 2ème édition, 1952, P.21.

لقد أصبح تدخل كل من المشرع و القاضي في العقد أمرا يكاد يشكل جزءا من النظام التعاقدي في مجمله و هذا بإلقاء جملة من الالتزامات على الطرف القوي لصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[1].

فبالنسبة للمشرع فقد يقيد سلوك المتعاقد القوي بالتزامات إضافية تمثل حقوقا بالنسبة للطرف الضعيف، كالالتزام بالإعلام و القواعد المتعلقة بحماية المستهلك، و بالنسبة للقاضي فقد يعفى الطرف الضعيف مما قد يشوب العقد من شروط تعسفية[2].

و يمكن تفسير مبدا الحرية التعاقدية في ظل أحكام القانون المدني الجزائري، في كون الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، فالشخص حر من حيث الأصل في الالتزام، و لا يمكن أن ينشأ هذا الالتزام إلا من داخل الشخص نفسه، كما لا يمكن أن يأتي من سلطة القانون، فالإنسان حر بطبيعته، و لا يمكن أن يلتزم إلا بإرادته المحضة، و لذلك فالعقد لا يستمد قوته من القانون فحسب، و لكن من الإرادة التي تعبر عنه أيضا.

أما القانون فيقتصر دوره على ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي بفرض جزاء على المخالف لقواعده[3]، و عليه، فما دام العقد قد تم إبرامه بكل حرية و اختيار، فإنه يفترض فيه أن يكون عادلا، فالشخص لا يمكن أن يلتزم ضد مصالحه، فما دام قد وافق على التزام ما بكل قناعة و اختيار، فإنه لا يمكنه أن يعترض أو يتذمر من هذا الالتزام الذي ارتبط به[4]، لأنه ارتضاه و قبل به، فلا بد أن يعبر هذا الالتزام مبدئيا عن العدالة، لأنه لا يعقل أن

---

[1] « Le législateur ou le juge vont réglementer le contenue du contrat, vont imposer certaines clauses ou en interdire d'autre pour tenter d'établir un certain équilibre entre les prestations ou entre les droits et les obligations », Laurence Fin-Langer, op.cit, P.44.

[2] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص.201.

[3] د. جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، دار و مطابع الشعب، 1964-1965، فقرة 12، ص.37.
د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.24.

[4] د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.24.

يرتبط الشخص ضد مصالحه، فالعدالة إنما تتجسد في العقد الحر ذاته، حتى قيل بأن "من قال عقدا فقد قال عدلا"، و أن كل عقد أبرم بكل حرية إنما هو عقد عادل[1].

و عليه فإنه يمكن القول بأن العقد في ظل أحكام القانون المدني الجزائري، إنما يمثل قانونا بالنسبة لطرفيه، فلا بد من احترام الإرادة العقدية التي جسدها المشرع ضمن المادة 106 مدني، و لكن مع الأخذ بعين الاعتبار القيود القانونية التي تنظم نظرية العقد.

أولا: اعتماد المشرع الحرية في التعاقد كمبدأ عام

يحكم هذا المبدأ مرحلة انعقاد العقد، فهو الذي يحدد حرية الشخص في التعاقد من عدمه، كما يعطي للمتعاقد الحرية في اختيار الطرف المتعاقد معه، و كذا نوع العقد المراد إبرامه، و شروط التعاقد، و كذا مضمون العقد[2] كما أن للشخص أن يتعاقد أو لا يتعاقد و له الحق في سحب إيجابه طالما لم يصدر قبول يطابقه، و هو ما يفهم منه أن المشرع الجزائري ما زال متأثرا بالمذهب الشخصي في إبرام الالتزام تطبيقا لمبدأ أن كل ما هو غير ممنوع فهو جائز.

و بإلقاء نظرة على نصوص القانون المدني و المتعلقة بالحرية التعاقدية، نلاحظ أن المشرع الجزائري ترك المجال واسعا للمتعاقدين في الاتفاق بإرادتهما المشتركة، سواء لاختيار نوع العقد المراد إبرامه، أو في اختيار الطرف المتعاقد معه، أو في تحديد شروط العقد[3]، و

---

[1]Ripert (Georges) : La règle morale dans les obligations civiles, 4^{e} édition, L.G.D.J, Paris, 1949, n°22.

د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.25، و الواقع فإن هذا المثل إنما قيل بشأن مبدأ سلطان الإرادة عندما بلغ أوجه في ظل نظام المذهب الفردي، و الذي اعتبر فيه العقد بأنه يمثل العدل المطلق بعينه، إلا أن هذا المثل لم يصبح له أي دور في ظل ازدياد الهوة بين المتعاقدين و تدخل المشرع لإصلاح الخلل، و تقييد الإرادة بمجموعة من القيود.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.14.

[3] هناك من يرى بأن الإرادة لا تقتصر على إنشاء العلاقة العقدية و تحديد مضمونها و أحكامها فحسب بل تعتبر الإرادة الحرة مصدرا للقانون.

Benslimane nee HadjMokhtar Leila, op.cit, P.18.

علي فيلالي، المرجع السابق، ص.49 في الهامش.

لم يقيد هذه الحرية إلا بما يخدم المصلحة المشتركة للمتعاقدين أنفسهم، أو يحمي المصلحة العامة، أو النظام العام[1]، كما أن الكثير من القواعد التي أوردها، هي قواعد مكملة جاءت لتسد النقص الذي قد يشوب إرادة المتعاقدين في حالة عدم اتفاقهما على بنود العقد أو على بعض شروطه[2].

ثانيا: تقييد الحرية التعاقدية استثناءا

لقد تعددت مظاهر تقييد الحرية التعاقدية من طرف المشرع، و قد تمثل ذلك في عدة صور و قد برز ذلك في أشكال متعددة.

فبالنسبة للقانون المدني فقد حصل تعديل للكثير من العقود التي جاء بها هذا التقنين لدى صدوره لأول مرة في سنة 1975 حيث تطلبت إطارا قانونيا جديدا يستجيب للمعطيات الجديدة، و تبرز لنا مظاهر هذا التقييد في مبدأين أساسيين هما أن الحرية التعاقدية يجب أن تستمد من القانون ذاته فهو الذي يحدد إطارها، كما أن هاته الحرية قد لا تمثل العدالة بالضرورة.

1-حرية التعاقد مستمدة من قوة القانون ذاته

لا يجب إغفال أن الحرية التعاقدية، و رغم النص عليها صراحة ضمن المادة 59 مدني، إلا أنها مستمدة من نص القانون ذاته، فالقانون هو الذي يعبر عن هذه الحرية التي يتمتع بها الفرد لدى التعاقد، بل و أنه هو الذي يقيدها بما ورد النص عليه في المادة المذكورة أعلاه عندما أشارت إلى عبارة "...دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فالحرية التعاقدية المعترف بها، إنما هي حرية ليست أصلية، و إنما هي مشتقة من قاعدة قانونية مستمدة منها، و هي التي تحدد إطارها الذي يجب أن تعمل ضمنه.

---

[1] و مثال ذلك القواعد التي تحدد مشروعية المحل و السبب و أهلية المتعاقدين إلخ...

E.GOUNOT, op.cit, P.83.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.14.

بينما يرى الاتجاه المتطرف في نظرية سلطان الإرادة أن حرية الإرادة ليست بحاجة إلى أية مساعدة قانونية كي تفرض نفسها على الطرفين المتعاقدين، بل تستمد قوتها الملزمة من ذاتها، بما في ذلك ما ورد في القانون المدني الجزائري، و عليه فإنه يجب احترامها كأي نص قانوني.

غير أن أغلب التشريعات المدنية الحديثة، بما في ذلك القانون المدني الجزائري، ترى غير ذلك، فمثلا تنص المادة 1/1134 مدني فرنسي "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها"[1]، فالنص يشير صراحة إلى أن الاتفاق لا تكون له قوة الملزمة من ذاته، و لكن من قاعدة خارجة عنه[2]، و عليه فإن الإرادة الفردية هي سلطة تابعة للقاعدة القانونية و ليست أصلية و المبدأ نفسه في القانون المدني الجزائري (المادة 59 مدني).

و بناء على ما سبق ذكره يمكن القول بأن الحرية التعاقدية لا تأتي من الاتفاق في حد ذاته، و الذي ينشأ بين الطرفين المتعاقدين، و لكن من الأهمية التي يمنحها القانون لهذا الاتفاق، فهذه الحرية مهما بالغنا في تفسيرها، إلا أنها لا يمكن أن تنشأ بمعزل عن النظام القانوني ككل، و بدونه تظل هذه الحرية مجرد مصطلح أجوف، لا يمكن أن يحقق المعنى المراد منه، و لا يكفي استنباط المعنى الحقيقي له إلا بالرجوع إلى المعنى القانوني الذي أراده المشرع منه.

و عليه فإن القوة الملزمة للعقد لا تأتي من مجرد التعهد الصادر من الطرفين المتعاقدين، و لكن من الأهمية التي يمنحها القانون لهذا التعهد، و هذه الأهمية إنما تستمد من قاعدة خارجية تملك وحدها ضمان تنفيذ التعهد، أو بمعنى آخر فإن القوة الملزمة للعقد

---

[1] Article 1134/1 : ''Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites''.

[2] د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.117.

إنما تستمد قوتها من النظام القانوني ذاته، و إلا ظل العقد مجرد تعهد أخلاقي أو أدبي بحت[1].

2-الحرية التعاقدية قد لا تمثل العدالة بالضرورة

إذا كان التراضي يمثل الركن الرئيسي و الأساسي لقيام العقد، إلا أن المشرع الجزائري، و كغيره من واضعي التقنينات المدنية في الكثير من الدول، لم يترك المبدأ مطلقا بهذه الصفة أي حرية التعاقد فحسب، و إنما قيده بشروط يجب أن تتوفر في هذا الركن، حتى يمكن الاعتداد به كركن، و حتى ينشأ العقد بموجبه على نحو صحيح[2].

فإن لم يكن هذا الرضا صادرا عن إرادة واعية و متبصرة و حرة، أو لحق به عيب من عيوب الرضا كالغلط و التدليس و الإكراه[3]، فالإرادة تكون حينئذ معيبة و قد يصبح العقد بموجبها قابلا للإبطال.

فالتوافق الحر للإرادتين لا يعني بالضرورة أن تتحقق العدالة بالنسبة للطرفين، فالحرية في حد ذاتها ليست هدفا يسعى المتعاقد إلى الوصول إليه بقدر ما هي وسيلة لتحقيق التوازن العقدي لاحقا، و لعل ما يؤكد ذلك هو إضافة أركان أخرى للعقد كالمحل و السبب و كذا شروط أخرى لهذه الأركان[4] حتى ينشأ العقد صحيحا فيكون للحرية التعاقدية حينئذ المعنى الحقيقي الذي جاءت من أجله ألا و هو تحقيق المصلحة المرجوة من العقد المراد إبرامه خدمة للطرفين و للمجتمع أيضا.

---

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص.119.

[2] أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص.486.

[3] أما الغبن فمن حيث المبدأ لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا صاحبه استغلال كما في القواعد العامة (المادة 90 مدني)، أو كما ورد في نصوص خاصة مثل ما ورد في المادة 358 مدني، و هذا ما يفسر مدى تأثر المشرع الجزائري بالحرية الفردية و مبدأ سلطان الإرادة، و الواقع فإن المعاملات التي تتم في الحياة العملية يكاد يستحيل أن تخلو من التوازن الدقيق و التام بين ما يعطيه المتعاقد و ما يأخذه، بل إن النظام الاقتصادي يقتضي حصول مثل هذا النزر اليسير من الغبن أو التفاوت في المقابل، لأنه لولاه لما قام النظام الاقتصادي و التجاري بين الأفراد و المجتمعات.

[4] يشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكنا، و أن يكون معنيا و أن يكون مشروعا (المادتان 93 معدلة و 94 مدني)، كما يشترط في السبب أن يكون موجودا و مشروعا (المادتان 97 و 98 مدني).

الفرع الثاني: الاعتناق النسبي لمبدأ القوة الملزمة للعقد

يقصد بالقوة الملزمة للعقد أنه و بمجرد انعقاد العقد صحيحا، و إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه يجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، كما تنصرف آثاره إليهم، و من ثم فلا يجوز لأي من طرفيه أن ينفرد بتعديله أو نقضه أو إنهائه دون رضا الطرف الآخر إلا فيما ورد النص عليه ضمن نصوص القانون[1].

غير أن آثار العقد قد لا تنصرف إلى طرفي العقد فحسب بل يمكن أن تنصرف إلى غير المتعاقدين كما في الخلف العام و الخلف الخاص، و هو ما يعرف بنسبية الأثر الإلزامي للعقد، كما أنها ملزمة بالنسبة لموضوع العلاقة العقدية بل و تلزم المشرع و القاضي أيضا و هو ما يعرف بأثر القوة الملزمة للعقد.

و يرتبط مبدأ القوة الملزمة للعقد أساسا بمبدأ سلطان الإرادة، فإذا نشأ العقد صحيحا و توفرت أركانه و شروطه، ترتبت عنه حقوق و التزامات على طرفي العقد غير أن مبدأ إلزامية العقد لم تصبح مطلقة فقد أصبح بالإمكان أن يتدخل المشرع أو القاضي للحد من المبدأ.

أولا: العقد ملزم بالنسبة للمتعاقدين

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقتضي منع تعديل العقد من قبل أحد أطراف العلاقة العقدية بعد إبرامه صحيحا إذ لا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، لأن الالتزامات التي رتبها العقد ينبغي أن تكون آمنة، و أن تبنى على أساس الثقة المتبادلة، كما أن من شأن أي تعديل للعقد بالإرادة المنفردة أن يختل التوازن العقدي (المادة 106 مدني)[2].

---

[1] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.8.

[2] إذا كان المبدأ هو عدم جواز تعديل العقد من قبل أحد الطرفين المتعاقدين، إلا أن استقرار المعاملات قد يستوجب أحيانا تعديل العقد بموجب نص قانوني، و ذلك بأن يعطي القاضي سلطة التعديل لاعتبارات تتعلق بالعدالة العقدية، كما في الظروف الطارئة (المادة 107 ق.3 مدني)، و قد يتم تعديل شروط العقد كما إذا تضمن العقد شروطا تعسفية أو مرهقة كما في عقد الإذعان (المادة 110 مدني)، و كما في تعديل الشرط الجزائي (المادة 183، 184 مدني)، و كما في تعديل الشرط المتضمن الأجل كنظرة الميسرة (المادة 210 مدني)، و قد لا يؤثر تغيير أحد أطراف العلاقة العقدية على استقرار

إن مبدأ تنفيذ العقد بمثل ما اتفق عليه، إنما يستمد أساسه من مبدأ حسن النية، و وجوب الوفاء بالعهد، و الثقة، فالأصل في الشخص عادة أنه لا يتصرف بما يخالف مصالحه، فيفترض أن الالتزامات التي أرادها تكون عادلة، على أن يتولى القانون في هذه الحالة ضمان المساواة بين الحريات التعاقدية[1].

و لقد كرس المشرع مبدأ عدم جواز تعديل أطراف العلاقة العقدية في عديد المواد، منها ما ورد النص عليه في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في المادة 571 تجاري، و التي تنص "لا يجوز إحالة حصص الشركاء إلى الأشخاص الأجانب عن الشركة إلا بموافقة أغلبية الشركاء، و التي تمثل ثلاثة أرباع رأسمال الشركة على الأقل، و إذا اشتملت الشركة على أكثر من شريك، يبلغ مشروع الإحالة إلى الشركة و إلى كل واحد من الشركاء".

و مثاله أيضا ما ورد النص عليه في المادة 505 مدني، و التي تنص "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار، أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر

المراكز القانونية كما إذا انتقلت العين المؤجرة إلى مالك جديد، حيث يبقى الإيجار قائما و مستمرا و مرتبا لكل آثاره في مواجهة المالك الجديد (المادة 469 مكرر 3 مدني). كما سنرى لاحقا في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد.

[1] د. نعمان خليل جمعة، المرجع السابق، ص.551.

د. حسين عامر، المرجع السابق، ص.25.

د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص.105.

عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، (الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2001، ص.298.

د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري و اللبناني، ط.1، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص.210.

بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، 2007، 2008، ص.32.

د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.210.

نعمان خليل جمعة، المرجع السابق، ص.212.

فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.126.

هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ط.1، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص.202 و ما يليها.

كتابيا، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك"[1]، فالمشرع منع التنازل عن حق الإيجار لشخص آخر، أو ما يسمى بالإيجار من الباطن دون علم المؤجر و دون موافقته منعا لأي اضطراب في العلاقة العقدية.

و في عقد الوديعة و طبقا للمادة 593 مدني و التي تنص "ليس للمودع لديه أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة و عاجلة"، و بمقتضى المادة 24 من الأمر 95-07 و المتعلق بالتأمينات يلتزم المشتري بإعلام المؤمن بانتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إليه كشرط لاستمرار عقد التأمين[2].

و من خلال ما ورد في هاته المواد يستلزم المشرع إعلام الطرف الثاني في العلاقة العقدية إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد من حيث أطراف العلاقة، و ضمانا لاستقرار المعاملات، و تفاديا لأي نزاع قد ينجم عن هذا التغيير.

بينما يرى بعض الفقهاء أنه يجوز تعديل القوة الملزمة للعقد بالاتفاق و لكن في بعض العناصر المعينة فيه و ليس في كل عناصره أو شروطه[3].

---

[1] ورد في قرار الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا في هذا المعنى ما يلي:

"من المقرر قانونا أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار، أو يؤجر إيجارا فرعيا كل ما استأجره أو بعضه بدون موافقة صريحة من المؤجر مالك المحل.

و لما كان ثابتا أن الطاعن الحالي قد تصرف في المحل إلى شخص ثالث دون إذن المالكة الأصلية للمحل فإنه قد خرق التزاما ما كان مفروضا عليه كمستأجر، ألا يتصرف في موضوع الإيجار، و متى كان ذلك، فإن قضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون و يتعين رفض الطعن، قرار رقم 111220 بتاريخ 1993/12/20، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 1، ص.157.

أنظر أيضا قرار الغرفة التجارية و البحرية بالمجلس الأعلى، قرار رقم 31671 بتاريخ 1985/06/01، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 2، ص.109.

[2] بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2012-2013، ص.176.

أنظر أيضا المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، قرار رقم 63982 بتاريخ 1989/12/20، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 2، ص.17.

[3] وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.314.

رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص.90.

و يرون بأن العقد يتضمن ثلاثة عناصر من الشروط:

الأولى: و هي الشروط الأساسية في العقد، و هذا النوع من الشروط لا يجوز استبعادها إلا تحول العقد إلى عقد آخر، و لأن من شأن ذلك أن يجعل تنفيذ العقد متوقفا على محض إرادة المتعاقد المدين، و بالتالي يعتبر شرطا إراديا محضا و هو مخالفا للقانون (المادة 205 مدني)[1]، كما أن ذلك يخالف النظام العام و الآداب[2].

الثانية: و هي الشروط العرضية في العقد و هذه لا يفترض وجودها في العقد و إنما يفترض عدم الاتفاق عليها، و بالتالي فالمتعاقدان لم يتفقا عليها صراحة، و من ثم فاستبعادها لا يضيف شيئا و لا تؤثر على القوة الملزمة للعقد، و بالتالي فإن استبعادها مفترض.

الثالثة: و هي الشروط التي تكون طبيعية في العقد، أي التي يفترض وجودها في العقد فيجوز حينئذ للأفراد الاتفاق على استبعادها دون أن يؤثر ذلك على صحة العقد، و هاته الأخيرة هي التي يمكن أن تأتي بقيد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و على النقيض من ذلك فإن الأصل هو حرية الإرادة في التصرفات القانونية سواء في إنشاء التصرفات أو في الشروط المقترنة بالعقد مهما كان نوعها بشرط ألا تخالف النظام العام و الآداب أو تكون محرمة شرعا[3]، أما إن كان الشرط يخالف النظام العام و الآداب فيبطل الشرط و يبقى العقد إلا إذا كان هو الباعث على التعاقد فيبطل الشرط و العقد معا (المادة 204 مدني).

---

[1] و التي تنص "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

[2] وليد صلاح مرسي، المرجع السابق، ص.314.

محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مقال مجلة القانون و الاقتصاد، سنة 30، ص.512، بند 30.

[3] ليلى عبد الله سعد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مقال بمجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 6، عدد 4، ص.187.

وليد صالح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص.315.

ثانيا: العقد ملزم بالنسبة لموضوع العلاقة العقدية

إن مصدر القوة الملزمة للعقد، و التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، لا تقتصر على أطراف العلاقة العقدية فحسب، بل تشمل أيضا مضمون هذه العلاقة، بمعنى أنه لا يجوز للأطراف المتعاقدة، و لا للقاضي أو المشرع أن يمس بمضمون العلاقة العقدية إلا فيما ورد بشأنه استثناء (المادة 106 مدني)[1].

و قد أكدت هذا المبدأ نصوص قانونية متعددة منها ما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة طبقا للمادة 586 تجاري، و التي تنص "لا يجوز إدخال أي تعديل على القانون الأساسي إلا بموافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ثلاثة أرباع رأسمال الشركة، ما لم يقض عقد التأسيس خلاف ذلك.."[2].

و قد يسعى المشرع من خلال منع تعديل بعض العقود إلى وجوب استقرار المعاملات التي تتطلب مثل هذا الاستقرار، حيث منع تعديل بعض العقود خلال مدة معينة منعا لأي اضطراب في العلاقة العقدية، أو لأي إخلال بالتوازن المالي لأطراف العلاقة.

و من بين هذه الحالات ما ورد ذكره بشأن الإيجارات التجارية حيث نص في المادة 1/192 من ق.ت.ج "يجوز إعادة النظر في بدلات إيجار العمارات أو المحلات، مجددا كان أم لا، و الخاضعة لهذه الأحكام، بناء على طلب أحد الأطراف، مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 193 أدناه".

---

[1] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/06/13 (ملف رقم 61489) الذي قضى بنقض قرار مجلس قضاء جيجل لأنه أمر بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بسبب تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه في حين كان على قضاة المجلس أن يلزموا الطرف المخل بتنفيذ التزاماته، المجلة القضائية، 1991، العدد 4، ص.65.

[2] أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، القرار رقم 79847 بتاريخ 1991/06/30، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 4، ص.133.

المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 101448 بتاريخ 1993/11/24، المجلة القانونية لسنة 1997، عدد خاص، ص.150.

و طبقا للمادة 1/193 منق.ت.ج، نلاحظ أنها تتضمن شروط هذا التعديل حيث تنص "لا يجوز تقديم طلب إعادة النظر إلا بعد مرور ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الشروع في الاستغلال من طرف المستأجر أو من تاريخ بدء الإيجار المجدد..".

و نستنتج من خلال هاتين المادتين أن المشرع منع تعديل عقد الإيجار خلال مدة معينة ضمانا للمستأجر لاستقرار نشاطه التجاري من جهة، و منعا للمؤجر من التعسف في تعديل بدل الإيجار، و قد تكرس هذا المبدأ من خلال اجتهادات المحكمة العليا في عدة قرارات تخص مواضيع متعددة[1].

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، المؤرخ في 28 ماي 2002، و الذي ورد فيه "أن القرار المنتقد لما رفض طلب مراجعة بدل الإيجار اعتمادا على إرادة المتعاقدين، التي انصرفت إلى عدم مراجعته خلال كامل المدة المحددة في العقد هو تطبيق سليم للقانون و يتوافق و إرادة الطرفين المفرغة في العقد". المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 01، ص.235.

أنظر أيضا قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1990/06/15 و الذي قضى بنقض القرار المطعون فيه لأن قضاة الموضوع خالفوا إرادة المتعاقدين عندما قبلوا الدعوى المقدمة من طرف المطعون ضده بعد فوات الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين بخمسة أشهر، المجلة القضائية، 1993، العدد 01، ص.113.

قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، المؤرخ في 1993/11/24 و الذي قضى بأنه لما كان مكان العمل عنصرا أساسيا في عقد العمل، و لما كان نقل العامل غير مدرج في النظام الداخلي و لا في عقد العمل، فكل تغيير للعامل يعتبر تغييرا للعقد بإرادة منفردة، المجلة القضائية، عدد خاص بالغرفة الاجتماعية، العدد الثاني، 1997، ص.150.

في نفس المعنى أنظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1976/05/26، نشرة القضاة، 1978، العدد 01، ص.23.

و فيما يخص عقد المقاولة، المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، قرار رقم 147422 بتاريخ 1997/01/07، المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 2، ص.122.

و فيما يخص الوديعة، المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، قرار رقم 128623، بتاريخ 1994/01/10، المجلة القضائية لسنة 1996، عدد 1، ص.154.

أنظر بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص.174، 175 في الهامش.

و في القضاء الفرنسي أقرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها مبدأ أن الشخص "لا يمكن أن يلزم إلا بإرادته و حسب ما تم الاتفاق عليه، و أنه في العقود المستمرة التنفيذ لا ينتهي بانتهاء الغرض منها إلا بما اتفق عليه الأطراف أثناء إبرام العقد، و ذلك تطبيقا للمادة 1134 من القانون المدني"، و ملخص هذه القضية أن أحد التلاميذ اتفق مع مؤسسة تعليمية على أن تمنحه دروسا بالمراسلة لمدة ست سنوات مقابل حقوق التسجيل مضافا إليها أقساطا منتظمة بمجموع 35 قسط، غير أنه، و أثناء الشهر التاسع، قرر التلميذ التوقف عن مواصلة الدروس، و بالتالي الامتناع عن دفع الأقساط المتبقية، فطالبته المؤسسة بوجوب دفع ما بقي في ذمته مستندة لأحكام المادة 1134 مدني، فاستجابت محكمة النقض لهذا الطلب ملزمة التلميذ دفع ما بقي من الأقساط تطبيقا للاتفاق المبرم، قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1971/04/28. أشار إليه:

و قد يشكل الانفراد بتعديل بنود العقد تعسفا في استعمال الحق عندما ينفرد البائع (المهني) بتعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج أو الخدمة المقدمة للمستهلك دون موافقة هذا الأخير (المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية).

ثالثا: العقد ملزم بالنسبة للمشرع

تسرى القوة الإلزامية للعقد على المشرع أيضا، حيث يلتزم هذا الأخير باحترام العقود المبرمة حتى و إن صدر قانون جديد، فتطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين، ليس للقانون أثر رجعي، فهو لا ينطبق على الوقائع و التصرفات القانونية التي نشأت أو تحققت قبل دخوله حيز التنفيذ[1].

فهاته الأخيرة يحكمها القانون القديم، لأنه من غير المنطق أن يقوم الأشخاص بتنظيم أمورهم بطريقة معينة ثم يصدر قانون لاحق على هذا التنظيم يقضي بخلاف ما اتفق عليه هؤلاء الأشخاص[2].

فإعمال مبدأ الرجعية سينال حتما من مبدأ استقرار المعاملات، و يمس بالحقوق و المراكز القانونية للأفراد، و لذلك يستمر سريان القانون القديم على المراكز القانونية العقدية

A. Weill et F. Terré, droit civil, les obligations, 2ème édition, Dalloz, 1975, P.381.

درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.53.

د. فيلالي علي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.360.

و في قضية أخرى في القضاء الفرنسي حيث تتلخص وقائعها في إبرام عقد إيجار سكن بأجرة زهيدة لأنه أخذ فيه بالاعتبار أن المستأجر كان يعمل كحارس شخصي للمؤجر، لكن و بعد وفاة المؤجر طالب ورثته بتحويل واجب الالتزام بالحراسة إلى مبلغ إضافي يضاف لمبلغ الإيجار، و في 2007/09/18 استجابت محكمة الاستئناف لطلب الورثة إعمالا لمبدأ التوازن العقدي، لكن و في 2009/03/18 أصدرت محكمة النقض قرارا ورد فيه "حيث أن عقد الإيجار لا يتضمن أي بند يبين أساليب تنفيذ العقد و كيفية سداد الأجرة، بناءا على ذلك فإن محكمة الاستئناف قد انتهكت أحكام المادة 1134 مدني".

درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.57.

[1] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص.271.

[2] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص.272.

التي نشأت في ظل القانون القديم، و التي لا زالت سارية، و ترتب آثارها بعد صدور القانون الجديد[1]، و هو ما يسمى بالأثر المستمر للقانون القديم.

كما أن إعمال مبدأ عدم رجعية القوانين يقتضي تطبيق القانون الجديد على التصرفات و الوقائع التي نشأت في ظله بعد دخوله حيز التنفيذ دون غيرها، و قد نص المشرع صراحة على هذا المبدأ في المادة الثانية فقرة 1 مدني، و التي تنص "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، و لا يكون له أثر رجعي.."، كما تنص المادة 4 مدني "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية".

و تطبيقا لهذا المبدأ نص المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري في المادة 20 ف 2 منه "يظل تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي، خاضعا للتشريع السابق المطبق على هذه العقود".

فهذه العقود تخضع لأحكام المادة 509 مدني قبل إلغائها، و المتعلقة بالتجديد الضمني في حالة بقاء المستأجر في الأمكنة بعد انتهاء عقد الإيجار مع علم المؤجر، فالإيجار هنا يتجدد بشروطه الأولى لمدة غير محددة.

أما العقود المبرمة بعد هذا المرسوم التشريعي فلا يمكن للأطراف فيها التمسك بالتجديد الضمني، لأن المادة 20 منه ألغت المواد 474 و 509 من القانون المدني، و المتعلقة بالتجديد الضمني لعقود الإيجار.

غير أن إعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم على الوقائع و التصرفات التي وقعت في ظله ليس مبدأ مطلقا بل ترد عليه بعض القيود كالقيود ذات النظام القانوني و النظام العام[2].

---

[1] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص.287.

[2] و هي العقود التي تنشأ بالتراضي لكن يتولى القانون تحديد مضمونها و آثارها، كعقد العمل و عقد الزواج، فدور الإرادة في مثل هذا النوع من العقود لا يظهر إلا عند إنشاء العقد، و بالتالي فهي تشبه المراكز القانونية المنظمة.
علي فيلالي، المرجع السابق، ص.289.

رابعا: العقد ملزم بالنسبة للقاضي

كما أن العقد ملزم بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للمشرع فهو ملزم أيضا بالنسبة للقاضي، فلا يستطيع القاضي نقض أو تعديل ما قرره طرفا العقد، فالقاضي ملزم بعدم المساس بمضمون العلاقة العقدية، و عليه احترام شروطها مثلها في ذلك مثل ما ورد في القانون، كما ليس له أن يحل محل إرادة المتعاقدين أو أحدهما من أجل تعديل العقد أو شرط من شروطه بدعوى أن التعديل تستدعيه العدالة العقدية، و كما يقال فإن "العدالة تكمل إرادة المتعاقدين و لا تنسخها، و لأن العقد وليد إرادتين، و ما تبرمه إرادتان لا تحل محله إرادة واحدة"[1].

و احترام القاضي لبنود العقد إنما يكون في الظروف العادية أي عندما لا يشوب العقد لدى تكوينه استغلال أو غبن، أو يتضمن شروطا تعسفية كما في عقود الإذعان، كما يجب ألا تطرأ حوادث استثنائية تجعل تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين لدى تنفيذ العقد.

و سنرى في المطلب الثاني لاحقا مجال تدخل القاضي لتعديل العقد في مثل هذه الحالات المنصوص عليها في القانون، و في غير هذه الحالات الاستثنائية التي تخول القاضي التدخل لتعديل الالتزامات التعاقدية فإن القاضي ليس له التدخل إلا في حالة ما إذا لجأ المتعاقدان إلى القضاء قصد الحصول على التنفيذ، و القاضي، خضوعا منه للقوة الملزمة للعقد، لا يستطيع أن يأمر بالتنفيذ، أي تطبيق قانون العقد إلا إذا قام بتحديد موضوع العقد لمعرفة مدى التزامات المتعاقدين، حيث يقوم بتأويل العقد، أي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عندما يستلزم الأمر ذلك، و ليس له التدخل إلا في الحالات الاستثنائية

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ط.2004، ص.511.
د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.292، 293.

التي خولها له القانون، و كما أكدت ذلك مجموعة من قرارات المحكمة العليا في العديد من القضايا[1] كما سنرى لاحقا في مجال سلطة القاضي في تعديل العقد.

المطلب الثاني: الوظيفة الاجتماعية للعقد قد تستتبع تدخل القاضي في العقد

إن مبدأ القوة الإلزامية للعقد و مبدأ سلطان الإرادة لا يخول للقاضي إمكانية تعديل العقد[2] ذلك لأن كل عمل إرادي له في حد ذاته قيمة قانونية، و بما أن العقد عمل من أعمال الإرادة، لذلك ينبغي أن يتوفر على الحماية القانونية، و بالتالي فكما يمتنع على المشرع التدخل في المعاملات الإرادية بأن يترك أمرها لمحض الإرادات المستقلة للأفراد، يمتنع على القاضي أيضا، و لأن أي تدخل من شأنه أن يجعل إرادته تحل محل إرادة المتعاقدين في الوقت الذي يجب عليه الحياد(2) عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد(3)، و أمام التطورات الاجتماعية و الاقتصادية، و التي ساهمت في توجيه العقد و ترشيده و الحد من شروطه من طرف المشرع ، بما يحقق الفائدة المزدوجة للمتعاقدين و للمجتمع، إلا أن ذلك لم يكن لوحده

---

[1] من بين هذه القرارات:

-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية رقم 78387 بتاريخ 1992/06/16، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 1، ص.31.

-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية رقم 144112 بتاريخ 1997/06/18، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01، ص.21.

-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية رقم 160246، بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 01، ص.167.

-قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية رقم 242693، بتاريخ 2002/10/16، المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 01، ص.119.

بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص.177 في الهامش.

2 نعمان جمعة، نظرية مصادر الالتزام، باريس، 1968، فقرة 268، ص.212.

(2) محمد شيلح، المرجع السابق، ص.257.

(3) المادة 106 مدني و المادة 1/147 مدني مصري، و المادة 1/148 مدني سوري، و المادة 241 مدني أردني، و المادة 1134 مدني فرنسي، و ذلك مصداقا لقوله تعالى "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا " (الإسراء، الآية 34)، و قوله "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة، الآية 1).

محمد وحيد الدين سوار، سلطة القاضي في تعديل العقود، مقال مجلة نقابة المحامين، عمان 1992، العدد 1-3، ص.115.

كاف للحد من المبدأ، الأمر الذي فتح للقاضي هو أيضا باب التدخل في العقود من خلال منحه العديد من السلطات من أجل تعديل العقد[4].

و التزام القاضي بهذا التدخل، إنما هو التزام نابع من المشرع ذاته و ذلك بأن فرض على القاضي عند انعدام النص الواجب التطبيق على الوقائع المعروضة عليه أن يجتهد ليصل إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق[5]عن طريق المقارنة فيما بينها بغرض استخلاص المبادئ العامة[6]، و تتجلى سلطته التقديرية هاته في الالتزام القانوني المفروض عليه و ليس مجرد رخصة يستعملها، أو يتخلى عنها تبعا لإرادته، و هي سلطة نجد لها تطبيقات عديدة في ظل نظرية العقد و المفهوم الجديد لمبدأ سلطان الإرادة و هي محكومة بمقتضى نصوص القانون ذاته و التي تشكل السند المباشر للاعتراف للقاضي بالاجتهاد في المسائل المعروضة عليه، و بالتالي خلق القاعدة القانونية، و هو بذلك اعتراف للقاضي الذي يمثل دور السند الرئيسي للمشرع.

فالسلطة الممنوحة للقاضي تسد ما للتشريع من ثغرات، و تحاول الملاءمة بين نصوص القانون و بين خصوصية الوقائع المعروضة عليه، بل و يطور من هذه النصوص إن اقتضى الأمر ذلك كما في حالة تحديد مضمون العقد، و مواجهة الشروط التعسفية، و مراجعة الشرط الجزائي و سلطته في تفسير النصوص القانونية، و في تكييف العقد.

و بعد أن نستعرض الجدل الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي للتدخل في العقد (الفرع الأول)، نبرز دور القاضي في تفسير العقد (الفرع الثاني)، فمجال سلطة القاضي في تعديل العقد (الفرع الثالث).

---

[4] و في ذلك يقول الفقيه (Ripert) في معرض دراسته لتدخل القاضي في تنفيذ العقد " ليس هناك ما هو أخطر في نظرية العقد من طرح السؤال الآتي: هل يستطيع القاضي أن يتدخل في تنفيذ العقد قصد منع أو تعديل أو تأخير تنفيذ الالتزام؟"

Ripert (Georges): op.cit, P.130, 131.

[5] عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص.538 بدون سنة نشر.

[6] العربي الشاذلي، المرجع السابق، ص.206.

الفرع الأول: الجدل الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي للتدخل في العقد

يحتل موضوع تدخل القاضي في تعديل العقد في القانون المدني أهمية بالغة، و قد أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل و النقاش بين فقهاء القانون، باعتباره في رأي معارضيه تعد على الحرية التعاقدية و انتقاصا منها كونها تشكل قيدا على حرية الأفراد في تعاملاتهم، أما الفريق الأخر فيؤيد منح القاضي مثل هذه السلطة، بل و يطالب بها رعاية للمصلحة العامة و تحقيقا للعدالة[1] حتى لا تنتهك تحت شعار الحرية، و هذه الحرية لا تقتصر على العقد في مرحلة تكوينه فحسب بل تمتد إلى ما بعد ذلك حتى مرحلة التنفيذ[2] كما رأينا سابقا، و إذا كان المبدأ العام هو أن القوة الملزمة للعقد تقتضي أن يلتزم كل طرف في العلاقة العقدية بما ورد في العقد من شروط تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة و بألا يتدخل أي شخص في العلاقة العقدية و بما ورد فيها بحكم أن ما أراده المتعاقدان هو وحده الذي يلزمهم[3]، و هو ما يعرف بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" فالعقد يساوي في قوته الملزمة القانون، و بالتالي يطبقه القاضي على طرفيه كما لوكان يطبق القانون[4].

---

[1]محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني و المصري و الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1992، ص.1.

غازي عايد الغثيان، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، جامعة مؤته، بغداد، 2005، ص.5.

[2]أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها و ضوابطها، و تطبيقاتها، ط.1، 1988، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.12.

عبد السلام الترمانيني، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مقال مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة 1960،41، ص.107، 920.

[3] المادة 106 مدني جزائري، 1134 مدني فرنسي.

وليد صلاح مرسي، رمضان القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص.75.

نبيل سعد، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص.216.

[4] EUGENE Gaudemet: Théorie générale des obligations, Sirey, 1965, p.201.

و يرى رشوان حسن رشوان أنه يمكن للشروط التي تمثل آثارا عرضية للعقد و التي لا يمثل الاتفاق على استبعادها جديدا حيث يمكن استبعادها ما لم يتفق الطرفان على وجودها، و بالتالي فهي تخرج عن نطاق التقييد الاتفاقي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص.90.

إلا أن مبدأ القوة الملزمة للعقد لم يعد على إطلاقه، و قد رأينا كيف فقد المبدأ الكثير من سطوته في ظل التطورات الحديثة لمفهوم العقد، كما أن المبالغة في تطبيق القوة الملزمة للعقد قد تؤدي إلى الخروج عن مقتضيات العدالة مما أدى إلى التخفيف منه سواء بإمكانية إنهاء العقد أو تعديله بإرادة أحد أطراف العقد أو بإرادة المشرع أو حتى بإرادة القاضي كما سنرى لاحقا.

و لدراسة دور القاضي في تعديل العقد باعتباره وسيلة للحد من مبدأ سلطان الإدارة و إبرازا للوظيفة الاجتماعية للعقد في ظل المفهوم الجديد له، هذه السلطة التي خولها المشرع للقاضي أصبحت تكمل الدور الذي يقوم به المشرع من أجل إعطاء العقد مفهومه الجديد و ذلك من أجل تحقيق الأهداف التي سطرها هذا الأخير في الميدان الاقتصادي و الاجتماعي، كل ذلك كان على حساب الغلو الذي كان يميز مبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية[1].

و لمعالجة هذا الدور الذي يقوم به القاضي ارتأينا أن نبحث هذا الموضوع ضمن العناصر التالية: رفض وجود سلطة تقديرية للقاضي للتدخل في العقد (أولا)، منح القاضي سلطة تقديرية لكن بقيود (ثانيا)، وجود سلطة تقديرية للقاضي للتدخل في العقد (ثالثا).

أولا: رفض وجود سلطة تقديرية للقاضي للتدخل في العقد

يتمثل الدور الهام الذي يقوم به القاضي في حل النزاعات فيما بين الأفراد، لذلك يرى جانب من الفقه عدم وجود سلطة تقديرية للقاضي تخوله تعديل العقد إلى جانب دوره التقليدي[(2)]فالقاضي إنما يستمد عمله من المشرع ذاته، فهذا الأخير هو الذي يحدد نطاق هذه

و في هذا المعنى يرى د.عبد الحميد بن شنيتي بأن "العقد السليم المولد للالتزام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين، و ذلك لأن العقد يقوم بوظيفته اجتماعية، فلا يقتصر أثره على المتعاقدين، بل ينعكس أثره على المجتمع، و لذا كان من حق الدولة أن تراقبه، و أن تشرف عليه، و للقاضي أن يعيد تنظيم العلاقات التعاقدية على أساس من العدالة و [1]ذلك لحماية أحد المتعاقدين". عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.8.

[(2)]عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام و أعمال القضاة في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر العربي، مصر، ط.1، 1983، ص.194.

السلطة وفقا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة[3]، و لذلك ينبغي استبعاد فكرة تمتع القاضي بسلطة تقديرية أثناء مباشرته عمله القضائي، لأن القول بغير ذلك سيؤدي لا محالة إلى فرض سيطرته[4] بينما هو ملزم بالحياد و بالتالي استبعاد عواطفه وأحاسيسه لأن العقد شريعة المتعاقدين[5].

ثانيا: منح القاضي سلطة تقديرية لكن بقيود

و يرى هذا الاتجاه بوجود سلطة تقديرية للقاضي لكنها سلطة استثنائية، فهو من جهة مكلف باحترام القانون، و لكن من جهة أخرى فهو يتمتع بسلطة تقديرية و لكنها مقيدة بالأهداف التي سطرها له المشرع، و يحتل العقد مكانا معتبرا لممارسة القاضي سلطته التقديرية المقيدة هاته، و طبقا لهذا الرأي فإن سلطة القاضي التقديرية ينبغي ألا تمس ببنود العقد أو تعدل من التزاماته مادام العقد صحيحا و لو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة إلا في الأحوال التي يقررها القانون[1]، لذلك فسلطته مقيدة بما ورد عليه النص في القانون.

ثالثا: وجود سلطة تقديرية للقاضي للتدخل في العقد

و طبقا لهذا الاتجاه فإن المقصود بوجود سلطة تقديرية للقاضي لا يعني منح القاضي سلطة مطلقة بلا قيود، إنما المقصود هو وجود سلطة تقديرية واسعة تمارس عن طريق ضوابط معينة، و هو في ذلك إنما يطبق القاعدة القانونية في مضمونها و ما ترمي إليه من أهداف[2]، و لذلك يلتمس القاضي تفهم الوقائع و الأحداث لإعمال القانون، و بالتالي فهو

---

[3]محمد بو كماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دكتوراه، جامعة باتنة، ص.44، بدون سنة نشر.

[4]ابراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1994-1995، ص.7،8.

[5]عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق، ص.ص.26-27.

[1]عبد الرحمن عبد العزيز متولى سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990، ص.124.

محمد بوكماش، المرجع السابق، ص.46.

[2]مأمون سلامة، المرجع السابق، ص.ص.89،91.

ابراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص.10، 11.

يتمتع بسلطة تقديرية، فإعمال القانون بشكل صحيح لا يتم إلا بالاستعانة بهذه السلطة، و هو في ذلك يطوع النص القانوني و يفسره طبقا لحاجة المجتمع و مسايرة الوقائع و التغيرات الحاصلة فيه.

إن مضمون العقد الناتج عن الإرادة باعتباره تكريسا للإرادة الفردية أو الذاتية قد يحتاج إلى آلية موضوعية ناتجة عن القيم الاجتماعية أو ما يسمى بالإرادة الجماعية[1]، فالعقد و إن كان بمثابة قانون المتعاقدين، إلا أن بنوده قد تكون أحيانا غامضة أو متضاربة أو يصعب فهمها فيصبح العقد حينئذ في حاجة ماسة لعمل القاضي في إزالة اللبس و تفسير عباراته الغامضة بما يحقق الهدف الذي قصداه من خلال الرابطة العقدية، لأن القول بغير ذلك قد يؤدي إلى إعمال مبدأ سلطان الإرادة في غير ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، ذلك أن إعمال النصوص التشريعية وحدها قد لا يفي بالغرض المقصود من أجل توفير الحلول المناسبة لكل حالة على حدة(3).

و لأجل ذلك فقد أقرت مختلف القوانين الحديثة وجود هذه السلطة سعيا منها إلى تحقيق العدالة بأسمى صورها[2]، ويزخر القانون المدني بالأمثلة التي تمثل قيودا على مبدأ سلطان الإرادة، و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 65 منه، و التي تعطي للمحكمة الحق في البت في المسائل التفصيلية التي احتفظ المتعاقدان بالاتفاق عليها فيما بعد ثم ثار نزاع بشأنها حيث يكون للمحكمة أن تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة.

---

[1] زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص.356.

(3)محمد بوكماش، المرجع السابق، ص.50.

[2] أحمد محمد سعد، المرجع السابق، ص.41.

حامد زكي، المرجع السابق، ص.267.

عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.190.

عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص.20.

و مثال ذلك أيضا ما و رد النص عليه في المادة 561 فقرة 3 مدني، و التي تنص، "غير أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"[1].

و في التنفيذ بطريق التعويض، يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه (المادة 177 مدني).

و حسب المادة 182 مدني، فإنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فإن القاضي هو الذي يحدده.

و حسب المادة 184 مدني، فإن للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في العقد إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه[2].

كما اعترف المشرع للقاضي بالتدخل لتعديل الشرط الجزائي في حالتين:

الأولى متى نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، أو كان تقدير التعويض مبالغا فيه، حيث يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض، و الثانية بزيادة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر و أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (المادة 185 مدني).

كما أن للقاضي حسب المادة 187 مدني أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أولا يقضي به إطلاقا إذا تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع.

و بموجب المادة 3/561 مدني، و التي تنص على أنه "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن

---

[1] د/عبد الرزاق السنهوري، الالتزامات، المرجع السابق، ص.ص.78-81.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.55.

في الحسبان و قت التعاقد، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

الفرع الثاني: دور القاضي في تفسير العقد

يقترن تنفيذ العقد غالبا بمدى وضوحه، فإن تعذر على الأطراف المتعاقدة تنفيذه بسبب ما يعتريه من غموض، فهنا يكون القاضي ملزما برفع ذلك الغموض و اللبس بقصد إعادة التوازن العقدي و ذلك بإعمال قواعد التفسير بغرض الوصول إلى النية المشتركة لأطراف العقد، و بالتالي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه.

و يعتبر تفسير العقد بغرض إزالة الغموض الذي قد يشوبه أول عمل يقوم به القاضي من أجل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بقصد تطبيق العقد طبقا لما ارتضاه المتعاقدان و تحقيقا للتوازن العقدي بينهما.

ويقصد بتفسير العقد "العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي من أجل الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[1] أو "هو تحديد ما اتجهت إليه من خلال العبارات التي استعملوها"[2]، أو هو "العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، و الوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك على صلب العقد و العناصر الخارجية عنه أو المرتبطة به"[3].

و طبقا للمادة 111 مدني، و التي تنص "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إن كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف التجاري في المعاملات".

---

(1) عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص.204.

(2) أحمد برعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام، ج.1، العقد، ص.219.

(3) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد المدني المصري، دار النشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص.190.

و يختلف تدخل القاضي في تفسير مضمون العقد بحسب ما إذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة بحيث يمكن الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، و قد تكون هذه العبارات غامضة فيستلزم الأمر تدخل القاضي لتفسيرها بما يفيد المعنى المقصود منها، و قد يصعب على القاضي تفسير مضمون العقد، و أخيرا فإن للقاضي و بعد تفسير العقد يقوم بتكييفه بعد إعطاء الوصف القانوني له.

أولا: حالة وضوح عبارات العقد تقيد القاضي

متى كانت عبارات العقد واضحة التزم القاضي بالأخذ بالمعنى الظاهر لهذه العبارات ومن ثم يتعين على الطرفين تنفيذ العقد دون تغيير أو تأويل وهذا طبقا للمادة 111 مدني، وذلك لأن الخروج عن العبارات الواضحة يعتبر تعديا على القوة الملزمة للعقد[1] حيث يتقيد القاضي بالعبارات الواضحة و إلا تعرض حكمه للنقض.

وعليه فإن وضوح العبارة في العقد تقيد القاضي و الذي يجب عليه الأخذ بالإرادة التي دلت عليها العبارات الواضحة، و يقصد بوضوح العبارة وضوح الألفاظ المستعملة، غير أن هذا قد لا يعبر بحق عن صدق إرادة المتعاقدين، كما إذا وردت عبارات تناقض عبارات أخرى، لذلك فالوضوح المشار إليه في المادة 111 مدني يقصد به وضوح العقد في دلالته الكلية[2] أي التطابق الكلي بين الإرادة الباطنة و التعبير عنها، فوضوح العبارة ليس هو المقصود في ذاته، بل هو وسيلة تؤدي إلى الوصول إلى الإرادة الحقيقية.

---

(1) عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط.1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص.254.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص.308.

و مع ذلك فإن هناك من يأخذ بالإرادة المعلنة أي الظاهرة، و هي نظرية ترجع أصولها إلى الفقهاء الألمان الذين يرون بأن الإرادة الباطنة لا يصح أن يكون لها أثر في القانون لأنها شيء كامن في النفس لا يمكن الكشف عنه بخلاف الإرادة الظاهرة، و بهذا أخذت القوانين الجرمانية.

علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.6، سنة 2005، ص.32.

فإذا كانت العبارة واضحة في الظاهر لكنها متعارضة مع الإرادة الباطنة، يتعين حينئذ الأخذ بالإرادة الباطنة[(3)] و يتعين حينئذ الاستناد إلى الوسائل المادية التي تساعد على التفسير كاللفظ و الكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه (المادة 60 مدني).

فإن اتخذت الكتابة كوسيلة للتعبير تعين الأخذ بها دون غيرها في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين[1] وإلا تعرض حكم القاضي للنقض[2].

ثانيا: التزام القاضي بتفسير العبارات الغامضة

يقصد بالعبارة الغامضة العبارة التي لا تؤدي أي معنى أو لا يسمح معناها الحرفي بالتعرف على إرادة المتعاقدين المشتركة، أو تحمل أكثر من دلالة و بالتالي تفرض على القاضي اللجوء إلى التأويل للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ، و يعد التفسير حينئذ من عمل القاضي، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية بل ألزمه باتباع قواعد معينة لضمان عدم الخروج عن مهمته[3]، وهذا بهدف البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (المادة 2/111 مدني).

[(3)] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص.254.

[1]- بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.40.

[2]- و طبقا لما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 49174 المؤرخ في 1987/06/17 و الذي نص على ما يلي: "من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، و من ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها"، المجلة القضائية، العدد 01، 1992، ص.84، أشار إليه بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.41.

و في نفس المعنى جاء في القرار رقم 149300 المؤرخ في 1997/07/25 ما يلي: من المقرر قانونا أنه "إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ". و يتعلق الأمر بقيام قضاة الموضوع بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات.

كما ورد قرار المجلس الأعلى رقم 310315 المؤرخ في 1983/03/16، المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص.39. و الذي يؤكد ذلك. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري المقارن، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط/1999، ص.239، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.455.

[3]- د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص.27.

ويرجع غموض العبارة إلى أسباب كثيرة كاستعمال عبارات تحتمل معان متعددة، أو استعمال عبارات في غير معناها القانوني، أو متناقضة فيما بينها، أو بها أخطاء مادية، أولا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها، و في هذه الحالة يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[1].

و يستعين القاضي في تفسير العبارة الغامضة بمجموعة من الوسائل كطبيعة المعاملات وما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين و العرف التجاري في المعاملات (المادة 2/111 مدني)، ويرى الدكتور عبد الحميد بن شنيتي أن ما ذكر هنا إنما هو على سبيل المثال لا الحصر، إذ يمكن أن نضيف لها[2] وسائل أخرى "كالمفاوضات السابقة و المراسلات المتبادلة وسلوك المتعاقدين في تنفيذ الالتزامات وطريقتهم في التعامل في العقود المتشابهة".[3]

ثالثا: صعوبة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين تستلزم اجتهاد القاضي

و يتعلق الأمر في هذه الحالة عندما يعجز القاضي عن التعرف عن النية المشتركة للمتعاقدين رغم الوسائل المستعملة المشار إليها سابقا، أو كان تأويلها يحتمل عدة أوجه، أو

---

[1]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص.27.

[2]- يستعرض الكثير من الفقهاء بعض العوامل التي قد يستند إليها القاضي لاستخلاص الإرادة، بعضها عوامل داخلية في العقد ذاته و أخرى خارجة عنه، فمن بين العوامل الداخلية ما يلي:

- العبرة بالمقاصد و المعاني وليس بالألفاظ و المباني.
- إعمال الكلام خير من إهماله.
- بنود العقود كاملة تفسر بعضها البعض.
- تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم.
- إذا كانت عبارات العقد تحمل أكثر من معنى فيجب الأخذ بالمعنى الذي يحدث أثرا.
- أما العوامل الخارجية فهي:
- طبيعة التعامل.
- الأمانة و الثقة.
- العرف.

حدى لالة أحمد، المرجع السابق، ص.ص.59-61.

[3]- عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.11.

دون ترجيح لوجه على آخر بشرط أن يكون التفسير غير مستحيل، لأن ذلك يعد قرينة على عدم وجود نية مشتركة على الإطلاق، و بالتالي عدم وجود عقد، وحينئذ يتعين عليه أن يفسر الشك لصالح المدين، إعمالا بنص المادة 112 مدني، و التي تنص "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بالطرف المذعن"[1].

و يستهدي القاضي في ذلك بطبيعة المعاملات ومقتضيات الأمانة و الثقة و العرف الجاري في المعاملات.

فالأصل في الشخص هو براءة الذمة، فإذا قام شك حول مدى التزام المدين فسر هذا الشك لصالح المدين، بمعنى أن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام لأن الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين، فالخطأ خطؤه إذا لم يتمكن من إثباته.

و يعمل بهاته القاعدة عندما يستعصي على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين[2].

وما يبرر تفسير الشك لمصلحة المدين هو مجموعة من الاعتبارات التي تقوم على أساس المنطق والعدالة، إذ أن الأصل هو البراءة و الاستثناء هو الالتزام، ولا يجوز التوسع في الاستثناء، وفي ذلك تطبيق لمبدأ "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"، كما أن الخطأ هو خطأ الدائن الذي أملى شروط الالتزام بطريقة غامضة فيفسر الشك حينئذ ضده.[3]

---

[1] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص.304، زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص.21، عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص.304. قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1983/03/12، نشرة القضاة، 1986، عدد 01، ملف 23713، ص.63.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.501.

[3]- حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص.63.

غير أنه استثناءا من هاته القاعدة وطبقا للمادة 2/112 من القانون المدني و التي تنص "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

و الأمر هنا يتعلق بخطأ الدائن الذي انفرد بوضع الشروط التي أملاها على الطرف المذعن فإن كانت مبهمة أو غامضة كان ذلك دليلا على خطئه وسوء نيته فيفسر الغموض في مصلحة المدين وفي ذلك خروج عن قاعدة "يفسر الشك لصالح المدين".

كما تنص المادة 323 مدني "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"[1] ولكن إلى أي مدى يمكن أن يتدخل القاضي في تفسير الشروط الغامضة في العقد؟ فهل يستعين القاضي في التفسير بحسن النية و العرف ومبادئ العدالة[2]، يرى البعض من الفقهاء أن الاستعانة بالعرف و مبادئ العدالة في تفسير العقد قد يكون بغرض إقامة التوازن العقدي دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة المتعاقدين.

ويرى الدكتور عبد الحميد بن شنيتي أن كلا منهما قد يتفقان في الأثر إذا كان التفسير يستند إلى العدالة، فالقاضي حينئذ يسعى إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة التفسير، إلا أن هناك جوانب للاختلاف بينهما حيث أن في التفسير يستند القاضي لإرادة المتعاقدين بخلاف مراجعة العقد أو تعديله، كما أن التعديل لا يتعلق البتة بإرادة المتعاقدين،

---

[1]- أنظر القرار 53577 المؤرخ في 1988/6/22 الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 1991/2، ص.20، و الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون".

[2]- وفي هذا المعنى هناك من يرى أن العبرة ليس بمظهر الإرادة ولكن بالإرادة الحقيقية، وإذا تعذر الكشف عنها تعرف عليها القاضي عن طريق الافتراض، ومن الوسائل التي يستعملها القاضي للتعرف على الإرادة المشتركة حسن النية، القانون، العرف، العدالة. و يرى بأن هناك اتجاهان في التأويل الأول وهو الاتجاه الشخصي، وفيه تكون العبرة بالنية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند الألفاظ، و الثاني وهو الاتجاه الموضوعي، وتكون فيه العبرة في التفسير بالمظهر الخارجي حتى يكون للتأويل طابع اجتماعي.

و النتيجة أن التفسير طبقا للاتجاه الموضوعي لا يتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية واسعة لأنه لا يقوم بتفسير الإرادة الباطنة وإنما يفسر العقد طبقا لمظهره الخارجي، فيأخذ حكم تفسير القانون، ولذلك فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا.

محمد شيلح، المرجع السابق، ص.237.

وهو لا يتم إلا بموجب نص قانوني خاص بخلاف سلطته في التفسير، و التي لا يحتاج فيها القاضي إلى نص قانوني بشأنها[1].

وبالإضافة لما سبق فإن النظامين يختلفان حول خضوعهما لرقابة المحكمة العليا، فالتعديل يتم بموجب سلطة القاضي التقديرية، أي بدون خضوعه لرقابة المحكمة العليا بخلاف سلطته في التفسير التي هي مقيدة لأنها من مسائل القانون و التي تخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

و هناك من يرى بأن المادة 111 مدني يقتصر استخدامها في البحث عن إرادة المتعاقدين حتى ولو تأكد عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة لوجوب احترام إرادة المتعاقدين والامتناع عن كل ما لم يتم الاتفاق عليه.[3]

فالقاضي وإن كان يتمتع بسلطة واسعة في مجال التفسير، إلا أنه لا يستطيع إعادة النظر في مضمون العقد بهدف تحقيق التوازن العقدي، لأنه لم يرد في القانون ما يسمح بالتدخل المباشر للقاضي بإعادة صياغة العقود بهدف تحقيق العدالة أو التعديل في الالتزامات، لأن ذلك يخالف ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[4].

إن نص المادة 107/ 2 أحالت صراحة المتعاقدين إلى العرف[5] لتحديد محتوى العقد، لذلك فلن يتحدد مضمون العقد إلا بتكريس العرف من طرف القاضي. و العرف بوصفه

---

[1] عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.11.

[2]- عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.12.

[3]- يستند هؤلاء الفقهاء إلى أن منطوق المادة 1162 مدني فرنسي ليست متعلقة بتفسير العقد وإنما بتفسير إرادة أطراف العقد بمعنى أن عمله يقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين فحسب، وليس البحث عن العدالة بموجب سلطته في التفسير.
حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.130.
السنهوري، الوسيط، ج.1، ط.1، ف.398، أحمد زكي الشيتي، تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد، معهد القانون المقارن، باريس، 1949، ص.51، مقال مجلة القانون و الاقتصاد، س.19، ص.45.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.135.

[5]- لقد استعمل المشرع كلمة "العرف" في النص العربي للمادة 2/107 مدني في حين استعمل كلمة العادة Usageفي النص الفرنسي مع العلم أن العبارتين تختلفان فالعرف قاعدة قانونية ملزمة في حين أن العادة تفتقر إلى عنصر الإلزام و لا تكون ملزمة إلا باتفاق الأفراد على الأخذ بها والظاهر أن المقصود هو العرف وليس العادة لأنه "لا يستعان بالعادة لإثراء

قاعدة قانونية فهو يكمل ويتمم الالتزامات العقدية الناجمة عن الإرادة المشتركة التي عبرت عنها المادة 2/107 مدني[1] وبالتالي فإن دور القاضي هو ضبط الالتزامات العقدية المكونة من إرادة الطرفين المتعاقدين بالإضافة إلى اعتماد العرف من أجل ضبط مضمون العقد.

لذا فإنه و قبل الفصل في النزاع يلتزم بتكييف العقد لإعطائه الوصف الصحيح حتى يتمكن من معرفة القانون الواجب تطبيقه عليه.

و يقوم القاضي بتكييف العقد من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك، ولا علاقة له بمبدأ سلطان الإرادة، كما لا يتقيد القاضي بالوصف الذي أطلقه الخصوم على العقد ولكن يكيفه حسب ما اتجهت إليه نية المتعاقدين، و الغرض العملي الذي قصداه من خلال تعاقدهما.

ومن أبرز الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد نذكر حالة تكييف العقد عند سكوت إرادة المتعاقدين عن تنظيم بعض الشروط وحالة انتقاص العقد أو تحوله عند بطلان أو إبطال هذا الأخير.

رابعا: تكييف العقد إضفاء للوصف القانوني على التصرف

يقصد بتكييف العقد "تلك العملية القانونية التي يهدف القاضي من ورائها إلى إضفاء الوصف القانوني على التصرف الذي يتفق مع ماهيته ومع النتيجة التي ارتضاها المتعاقدان أثرا له[2].

ويأتي التكييف بعد انتهاء القاضي من تفسير العقد، حيث يقوم بإعطائه الوصف القانوني الصحيح الذي يتفق مع الوصف الذي ارتضاه المتعاقدان، فيصنف حينئذ ضمن طائفة العقود المسماة أو غير المسماة[3].

محتوى العقد إلا إذا تأكد القاضي انصراف إرادة الأفراد إلى تطبيق العادة في العقد، زمام جمعة، المرجع السابق، ص.365.

[1]- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص.248. زمام جمعة، المرجع السابق، ص.367.

[2] – زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص22.

[3]– زمام جمعة، المرجع السابق، ص 367.

فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع بشأن عقد من العقود يتعين عليه إعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد و وجوب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه كما يجب على الطرفين الالتزام بكل ما يحتويه من شروط و التزامات فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديله إلا بما يسمح به الاتفاق أو القانون، ولأن تعديله أو نقضه سوف يؤدي إلى الإخلال بمبدأ القوة الملزمة بالعقد.

الفرع الثالث: دور القاضي في تعديل العقد إزالة لاختلال التوازن العقدي

إذا كان ترخيص المشرع للقاضي بتعديل العقد أحيانا يشكل في حد ذاته خرقا لمبدأ سلطان الإرادة في الوقت الذي يجب فيه على القاضي الوقوف موقف الحياد من العقد، إلا أن هذا الخرق وباعتباره استثناءا، لا يمثل في الواقع إلا تأكيدا للقاعدة التي توجب على القاضي وجوب الامتناع عن إضافة أو إنقاص أي شيء من العقد[1]، إلا أن القاضي قد يقوم بتغيير العقد أحيانا تحت ستار الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كما أن مبدأ سلطان الإرادة لا يرى في هذا التدخل إلا مجرد تكريس للدور الذي قد يلعبه القاضي في التأويل لدى تنفيذ العقد.

و التعديل هنا لا ينصب إلا على عقد صحيح لكنه غير عادل و هو يمس العقد سواء عند انعقاده أو لدى تنفيذه ليحدث فيه تغييرا نظرا للاختلال أو لتغير الظروف، فيكون التعديل بغرض إزالة ذلك تجسيدا لقواعد العدالة، و لذلك يعد التعديل قيدا على مبدأ سلطان الإرادة.

و من الحالات التي يمكن فيها للقاضي تعديل العقد لدى انعقاده الغبن و الاستغلال، و الإذعان و الشروط التعسفية التي تلحق العقد و هي تمثل الآليات الوقائية للتعديل و الغرض منها تحقيق المساواة، أما حالات تعديل القاضي العقد لدى التنفيذ فيتمثل في الالتزام

[1] – Morin (caston) : La Loi et Le Contrat, la décadence de leur souveraineté, Paris , 1927, P56..258 ،محمد شيلح، المرجع السابق

المرهق و في الشرط الجزائي و في الظروف الطارئة و يكون الهدف من التعديل تخفيف الالتزام، و قد يكون التعديل بغرض تعديل الأجل كما في مهلة الميسرة[1]، و قد يتمثل التعديل في تكملة العقد و في ذلك إعمال للنية المفترضة للمتعاقدين و لا يعد تكملة العقد انتقاصا لمبدأ سلطان الإرادة لانعدام الإرادة و لكن تطبيقا لمبدأ العدالة و بالتالي فهو تكملة للإرادة لا انتقاصا منها[2]، و يقوم القاضي بتكملة العقد سواء بالشروط التي يقتضيها العقد أو بالقواعد المكملة أو بالعرف أو بالعادات أو بمبادئ العدالة.

ولعل من أبرز حالات تدخل القاضي في هذا المجال هي حالة تكملة العقد وحالة انتقاص العقد وحالة تحول العقد.

أولا: حالة تكملة العقد تكريس لما تقضي به قواعد العدالة

تنص المادة 65 مدني "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، و لم يشترطا ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون والعرف و العدالة".

وطبقا لهاته المادة فإن المشرع قام بإعطاء الحلول التي ينبغي أن يسترشد بها القاضي في حالة العقد الذي يكون ناقصا في بعض شروطه أن يقوم بتعديل العقد عن طريق تكملته بالشروط المطلوبة، ويستعين القاضي في ذلك بالقواعد المكملة و العرف والعادات و العدالة وحسن النية[3] بغرض الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

---

[1] عبد الرحمن بن شنيتي، المرجع السابق، ص.14.

[2] محمد شيلح، المرجع السابق، ص.ص.261-262،

[3]- و يكون العقد ناقصا عندما تشوبه ثغرات تؤدي إلى قيام النزاع بشأنها إما لأن أطراف العقد لم يحسموا هذا النزاع أو لم يتوقعوه أو لعدم الحاجة لتحديد هذه المسألة في العقد، محمد شيلح، المرجع السابق، ص.260 في الهامش.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.ص.12،13، سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة 1956، ص 332.

وتعتبر تكملة العقد بمثابة تعديل للعقد يتقيد فيه القاضي بما ورد في المادة 65 مدني، أي بالرجوع إلى "طبيعة المعاملة و لأحكام القانون والعرف و العدالة"، ولا يمكن اسناد هذا التعديل للإرادة المشتركة للمتعاقدين لأن الإرادة منعدمة أصلا، ولكن ومع ذلك فهو عندما يعدل العقد إنما يجب عليه أن يراعي رغبة المتعاقدين كما لو كانت الإرادة موجودة ولكن غامضة ومحاولة الموازنة بين المصالح المتعارضة[1]. و يجب ألا يفهم بأن سلطة القاضي في تعديل العقد باستكماله بأنها انتقاص من مبدأ سلطان الإرادة، إنما هي تكريس لما تقضي به هاته النظرية ذاتها طالما راعى القاضي في تكملة العقد ما تقضي به قواعد العدالة[2]

ثانيا: حالة انتقاص العقد احترام لإرادة المتعاقدين

يقصد بانتقاص العقد أن يتضمن العقد بعض الشروط الباطلة أو القابلة للإبطال، وحينئذ يقتصر البطلان على هذا الشرط وحده بينما يصح الباقي، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله (المادة 104 مدني)[3]

ويرى الفقيه Malaurie (Philippe) أن العبرة بقابلية العقد للتجزئة إنما هو إرادة المتعاقدين فحسب فإن لم تتجه إرادة الطرفين إلى اعتبار العقد ككل لا يتجزأ فيستطيع القاضي أن ينقص من العقد الجزء أو الشرط الباطل و هذا ليس بمقتضى ما يملكه من سلطة التعديل وإنما احتراما لإرادة المتعاقدين[4]، و يستعرض المشرع بعض حالات انتقاص العقد مثل ما ورد في المادة 903 مدني و التي تقضي ببطلان كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن عند عدم وفاء المدين بالدين أن يتملك العقار المرهون أو أن يبيعه دون اتباع الإجراءات التي يقضي بها القانون.

---

[1]- محمد شليح ، المرجع السابق، ص 261.

[2]يضع الأستاذ الدكتور عبد الحميد بن شنيتي، مقارنة بين نظام تعديل العقد، وتكملة العقد فيرى بأن تكملة العقد ما هو إلا صورة من صور التعديل العقدي و التي قديلجأ إليها القاضي، لكن ومع ذلك فإن هناك أوجه للاختلاف بينهما.

[3] عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص.15.

[4]-Malaurie (P), op.cit, P.28.

و الواقع فإن انتقاص العقد ما هو إلا مظهر من مظاهر الدور الذي يلعبه القاضي في تعديل العقد إلا إذا تبين أن العقد لا يقبل التجزئة إما بنص في القانون أو بشرط صريح في العقد، فإذا كان الأمر كذلك حكم ببطلان العقد كله ما لم يتبين أن شروط قيام عقد آخر قد توفرت في العقد الباطل و اتجهت إليه إرادة الطرفين وهو ما يسمى بتحول العقد[1]

ثالثا: حالة تحول العقد تجسيد لنية المتعاقدين المحتملة

الأصل في العقد هو عدم قابليته للتجزئة، فهو إما أن يكون صحيحا في مجمله أو باطلا في مجموعه أو قابلا للإبطال، فإرادة الأطراف هي وحدها التي تعدل العقد أو تنقص منه أو تقوم بتحويله إلى عقد آخر صحيح تتجه له نيتهما المشتركة و في ذلك تكريس لمبدأ سلطان الإرادة.

غير أن انبثاق نظرية تحول العقد من مبدأ سلطان الإرادة لوحده قد لا يعبر بالضرورة عن النية الحقيقية للمتعاقدين في ضرورة الإبقاء على العقد و لو في صورة معدلة و حينئذ يتولى القاضي تفسير هاته النية بما يتلائم مع الغرض الذي اتجهت له نيتهما المحتملة.

و يتولى القاضي تفسير هاته النية بما منحه المشرع من سلطة واسعة في تكييف العقد حيث يفسره وفق الغاية العملية التي قصدها المتعاقدان، فتحل هاته الإرادة العملية المقصودة محل الإرادة العلنية المعلنة[2].

و قد وضع المشرع ضوابط لإعمال هذا التحول بوجوب أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال و أن تتوفر فيه أركان عقد آخر، فيعتبر العقد الذي توفرت أركانه صحيحا إذا تبين أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى إبرام هذا العقد (المادة 105 مدني)، فالقاضي عندما يقوم بتحويل العقد إنما يستعين في ذلك بسلطته الواسعة في تفسير العقود و

---

[1]- وكما في نظام تكملة العقد يضع الدكتور سمير عبد السيد تناغو مقارنة بين سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في إنقاص العقد فيرى بأن هناك أوجه تشابه كما أن هناك أوجه اختلاف. و يخلص إلى القول بأن سلطة القاضي في الإنقاص من العقد إنما هي صورة من صور التعديل، المرجع السابق.

[2] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.637، محمد شيلح، المرجع السابق، ص.265.

التي بموجبها يعطي العقد التكييف القانوني الملائم ضمن ما منحه المشرع من سلطة في التفسير.

فالقاضي عندما يلجأ إلى إعمال فكرة تحول العقد إنما يراعي في ذلك الشروط التي تضمنتها المادة 105 مدني و هو في ذلك يجب أن لا يحيد عما اتجهت إليه نية المتعاقدين و ليس له إعمال إرادته حسب اعتقاده الشخصي، فالتحويل هنا ليس مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين بل هو الوصول إلى ما اتجهت إليه نية المتعاقدين المحتملة طالما تبين بالدليل أن هاته النية كانت ستتصرف إلى الارتباط بهذا العقد الجديد فيما لو تبين أن العقد الأصلي كان باطلا[1]، فسلطة القاضي حينئذ ليست مطلقة بل يجب أن تمارس في إطار ما منحه المشرع من صلاحيات في إطار المادة 105 مدني[2].

إن قيام القاضي بتحويل العقد إنما يدخل في إطار سلطته في تكييف العقد، غير أن هاته السلطة في التكييف لا يكفي أن تكون وفق ما اتجهت إليه نية المتعاقدين فحسب باعتبار أن هاته النية قد يكون من الصعب الوصول إليها، و لذلك كان على القاضي أن يقوم بالتكييف حسب ما تقرره النصوص القانونية حتى يكون هذا التكييف عادلا و ممكنا أيضا[3].

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.135.
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج.1، المرجع السابق، ص.547

[2] محمد شيلح، المرجع السابق، ص.267.

[3]- هشام فرعون، النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي، ط.3، 1981، ص.153، بدون دار نشر.

الخاتمة

لم تصبح حرية التعاقد مطلقة حيث أصبح بإمكان المشرع التدخل في كل المراحل التي يمر بها العقد، و يتجلى ذلك بوضوح في تلك القيود التي فرضها المشرع و التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة، بحيث تكاد تصبح هي المبدأ في التعاقد و الحرية هي الاستثناء، فلم يعد الفرد حرا في إبرام عقد معين، فقد يلزمه المشرع بإبرام عقد بعينه أو يحرمه من إبرامه، كما قد يجبره على التعاقد مع شخص بعينه دون غيره كما لم تعد الإرادة حرة في تحديد شكل العقد أو تحديد مضمونه، كما لم تعد الإرادة حرة في تعديل أثر العقد.

و لعل من أهم هاته القيود التي أصبحت تمس المبدأ على الإطلاق هي مصلحة المجتمع التي أصبحت هي المحرك الأساسي لأية عملية تعاقدية بغض النظر عن نوع هذه المصلحة، و تتجسد هذه المصلحة في النظام العام و كذا في مجموع التشريعات الحمائية التي تمس الجانب الضعيف في العلاقة العقدية كما هو الشأن بالنسبة لحماية المستهلك و حماية العامل و حماية المؤمن له و حماية المستأجر و حماية المريض في العقد الطبي و هلم جرا.

إن هذا التدخل القوي من طرف المشرع أصبح يكرس مبدأ اجتماعية العقد، فمصلحة الفرد أصبحت لا تعبر بالضرورة عن مصلحة المجموع، كما أن مصلحة المجتمع هي الأولى بالحماية من مصلحة الفرد، و قد أصبح ذلك واضحا من خلال تطور وظيفة الدولة.

لقد تحول العقد إلى مركز قانوني منظم و ذلك من خلال استحداث المشرع نماذج للعقود المنظمة و منها العقود النموذجية كل ذلك بغرض تكريس فكرة العدل الاجتماعي فأصبح العقد يكيف تبعا للظروف الاجتماعية فتغلب عليه الطابع العام أو ما يسمى بعيممة العقد.

إن ازدياد تدخل المشرع في النظام التعاقدي من خلال القواعد الآمرة أصبح يتزايد شيئا فشيئا للضرورات التي أصبحت تستلزم مثل هذا التدخل، سواء بغرض توجيه العلاقة

العقدية أو الحد من حرية التعاقد مما قد يؤدي إلى اختفاء الصفة الإرادية للعقد و تحوله إلى مجرد تنظيم قانوني.

إن مثل هاته التطورات التي أصبحت تمس حرية التعاقد أصبحت تشكل ما يسمى بأزمة العقد، فأزمة العقد اليوم لم تعد تمس العقد في شكله فحسب و إنما في القيمة المراد تحقيقها منه، هاته القيمة لم تعد قائمة على مبدأ سلطان الإرادة حيث تم التخلي عنها لصالح اعتبارات موضوعية هي في الأساس ضمان تحقيق المنفعة الاقتصادية و الاجتماعية، لقد أصبحت مكانة الإرادة داخل العقد محل تراجع في مقابل تطوير المضمون الالزامي للعقد و اتخاذه الشكل التنظيمي بما يحقق الأهداف المرجوة منه من قبل المجتمع.

بالإضافة لما سبق فقد أصبح للقاضي دور مهم في تعديل العقد، و يتمثل ذلك من خلال الآليات الوقائية بغرض إقامة المساواة كما في الغبن و الاستغلال و كما في عقود الإذعان و في الشروط التعسفية.

كما يتمثل أيضا من خلال الآليات العلاجية أي لدى تنفيذ العقد، و ذلك بغرض تنفيذ الالتزام كما في الالتزام المرهق و في الشرط الجزائي و في الظروف الطارئة، و قد تبرز هاته الآليات من خلال تعديل الأجل كما في فتح مهلة الميسرة و بالإضافة لهاته الآليات التي منحها المشرع للقاضي فإن للقاضي دور في تفسير العقد و في تكملته و في انتقاصه و في تحوله.

و مثل هاته السلطة في التعديل تعد انتقاصا من الحرية التعاقدية بلا شك و قيدا على سلطان الإرادة كل ذلك بغرض إقامة العدالة الاجتماعية و إحداث التوازن العقدي.

إن مبدأ سلطان الإرادة يجب أن يبقى أسير القيود التي وضعها المشرع، و التي تشكل أولويات يجب أن يستجيب لها العقد، فالحرية التعاقدية ما هي إلا وسيلة لتحقيق المتطلبات العليا و العدالة الاجتماعية و مبادئ النظام العام حيث لم تصبح الحرية ضمانا للعدالة العقدية فحسب.

لقد زال مبدأ أن كل عقد حر هو عقد عادل، و أصبحت الدولة هي التي تحدد الأهداف التي تراها مناسبة من أجل تحقيق الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية.

إن ما يسمى بأزمة العقد إنما هو أثر لتراجع مفهوم العقد القائم على أساس مبدأ الحرية التعاقدية الذي يتضمن حرية التعاقد و حرية تحديد مضمون العقد غير أن اتساع مفهوم النظام العام أدى إلى ظهور عقود ممنوعة و عقود مفروضة و عقود منظمة، كما تم المساس بالقوة الملزمة للعقد عن طريق تدخل المشرع و كذا الاعتراف للقاضي بسلطات أوسع للتدخل هو أيضا في تنفيذ العقد، كما ظهرت عقود جديدة منظمة بحيث أصبح دور الإرادة فيها يكاد يكون منعدما نظرا لاتساع دائرة النظام العام الاجتماعي و الاقتصادي.

إن محدودية دور الإرادة في المجال التعاقدي بالرغم من تقييدها بسبب هذه العوامل أصبحت تطرح مع ذلك مجموعة من التساؤلات التي ينبغي الإجابة عنها حتى يمكن إعمال مصلحة المجتمع بالشكل المطلوب الذي أراده المشرع، و تعميم استعماله في كل التصرفات القانونية و التي أصبحت السمة البارزة في حياتنا اليومية، فرغم استعمال مصطلحات كالتوازن العقدي و العدالة العقدية و مصلحة المجتمع و النظام العام، و ما إلى ذلك من المصطلحات إلا أن ذلك لا زال يطرح مجموعة من التساؤلات و التي ينبغي إيجاد أجوبة دقيقة لها حتى يمكن إعمال هذا التقييد بالصورة المطلوبة التي توخاها المشرع و لأجل ذلك نصل إلى الاستنتاجات التالية:

أولا: أن كل المصطلحات المستعملة في مجال القيود سواء تلك التي نص عليها المشرع في مختلف نصوص القانون كالعدالة و التوازن العقدي و النظام العام و مصلحة المجتمع هي عبارة عن مصطلحات تفتقر إلى الدقة المطلوبة و بالتالي فإنه من الصعوبة بمكان تطبيقها تطبيقا موضوعيا موحدا و دقيقا يؤدي الغرض المطلوب منها فيصبح الاعتبار الذاتي عاملا آخر مما قد يحرف المعنى الحقيقي المطلوب تحقيقه منها.

ثانيا: أن مصطلح النظام العام بمختلف أشكاله، و كما يعترف الجميع، لا يمكن ضبطه في نصوص قانونية قاطعة الدلالة و بالتالي فإن مجال تطبيقه سيفتح المجال أمام

التلاعب بهذا المصطلح لمصلحة الطرف القوي، كما أن مصطلح الآداب العامة أصبح هو الآخر محل أخذ و رد فبشهادة المشرع ذاته نلاحظ أنه و من خلال نص المادة 612 مدني و التي تحظر القمار و الرهان في الفقرة الأولى منها نجد أنها تجيز الرهان الخاص بالمسابقة و كذا الرهان الرياضي الجزائري، و في نفس المعنى تجيز المادة 455 (معدلة) من القانون المدني لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها بأن تمنح فائدة للمقرضين و في المقابل يجوز لمؤسسات القرض في حال منحها قروضا أن تأخذ فائدة مقابل ذلك (المادة 456 معدلة مدني) مع العلم أن كل ذلك يخالف الآداب العامة و مبادئ الشريعة الإسلامية التي هي مصدر احتياطي للقانون (المادة 2/1 مدني).

ثالثا: أن حدود مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن ضبطه هو أيضا بدقة، حيث يصعب معرفة متى تنتهي الحرية حتى تبدأ مصلحة المجتمع و كذا النظام العام، كما يصعب أيضا تحديد مجال المبدأ و حدوده و كذا مجال هاته القيود التي تحد منه علما بأن مجال استخدامه في التصرفات القانونية لا حدود له بحكم تعدد العقود و اختلاف مجال استخدامها و عدم إمكانية ضبط محتواها و ظهور عقود جديدة في كل مرة.

رابعا: أنه من الصعوبة بمكان تحديد فيما إذا كان النظام العام يتعلق بالجانب الإرادي للعقد أي التراضي أم بالجانب الموضوعي منه و هو المحل و السبب خصوصا و أن المشرع أشار صراحة إلى عبارة النظام العام في معرض النص على شروط المحل و السبب، فأشار إلى وجوب ألا يكون محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة (المادة 93 مدني)، و إلى وجوب ألا يكون السبب هو الآخر مخالفا للنظام العام و الآداب (المادة 97 مدني).

مما دفع إلى القول بأن النظام العام لا يطبق إلا على المحل و السبب.

خامسا: أن النظام العام كمجموعة مبادئ و قواعد قوتها الملزمة سابقة على سلطان الأفراد و تسمو على القوة الملزمة للعقد، و التي هي أيضا تعتبر بمثابة قانون (المادة 106

مدني) أو بمعنى آخر فإن النظام العام قد يلغي حرية التعاقد و كذا القوة الملزمة للعقد في حالة مخالفته لها و لذلك فهو يسمو على القانون رغم أنه جزء منه.

سادسا: أنه إذا كانت مجموعة مصالح الأفراد تشكل في مجموعها مصلحة المجتمع إلا أن هاته الأخيرة قد لا تعبر بالضرورة عن مصلحة الفرد، فتقييد مجال استعمال حق الملكية العقارية مثلا قد لا يخدم أحيانا المالك كما في استعمال الدولة حق الشفعة و كما في وجوب منع تحويل الأراضي الفلاحية إلى أراضي سكنية و كما في القيود التي تمس العقارات السكنية و منها ما حدث في قانون الثورة الزراعية الذي نزع الملكية العقارية لتوزيعها على من لا يملكها ثم تم التراجع عنه لاحقا.

سابعا: أن القول بأن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه و كذا بالنسبة للمشرع و كذا القاضي قد يثير التساؤل حول ما إذا كانت الحرية هي الأصل و القانون هو الاستثناء أم العكس، فإذا كانت الحرية هي الأصل فإن القانون يأتي لاحقا لوجود العقد ليعدل منه حسبما تقتضيه مصلحة المجتمع، أما إن كان القانون هو الأصل فإن الحرية تأتي لاحقا، فالعقد حينئذ يستمد قوته ليس من ذاته و لكن من نصوص القانون، و بالتالي يفقد مبدأ سلطان الإرادة المعنى المقصود منه ألا و هو العقد شريعة المتعاقدين و الذي لا يجوز تعديله و لا إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي ينص عليها القانون (المادة 106 مدني).

ثامنا: أن إعطاء القاضي سلطة تعديل العقد و تفسيره قد يتناقض أحيانا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد خصوصا إذا تعمد المتعاقدان استخدام الصورية في التعاقد بنية إخفاء بنود العقد لاعتبارات تخصهما و لا تخالف القانون، لذلك فإن سلطة القاضي تصبح محدودة نسبيا خصوصا متى رتب العقد آثاره في حق الغير، و كذا إذا اكتشف القاضي النية الحقيقية للمتعاقدين حيث يصبح من الصعب تعديل بنود العقد حينئذ.

تاسعا: أنه إذا كان دور القاضي في حال تفسير نية المتعاقدين و البحث عن الإرادة الحقيقية بغرض تطبيق هذه الإرادة التي قصدها المتعاقدان، فإن ذلك يعتبر تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة و ليس قيدا على المبدأ.

عاشرا: أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإرادة الظاهرة فحسب و لا بالإرادة الباطنة أيضا بصفة مطلقة مما قد يعرقل عمل القاضي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بقصد تطبيق بنود العقد خصوصا عند حدوث تضارب بين الإرادتين.

حادي عشر: أن القول بتطور فكرة النظام العام و الآداب و اختلاف مجال استخدام هذا المصطلح، و بحكم زوال المسافات فيما بين الدول و تداخل المعاملات و تنوعها و ظهور وسائل الاتصال الحديثة في المعاملات و ظهور عقود جديدة قد أصبح يؤثر بلا شك على المشرع و على القاضي في اعتماد الأسلوب الأدق في إعطاء المفهوم الصحيح لهذا المصطلح بغرض تطبيقه تطبيقا سليما.

ثاني عشر: بما أن العرف بمثابة قانون فإنه و بحكم شساعة مساحة الجزائر فقد ظهرت أعراف محلية، و قد استقر العمل بها منذ زمن طويل و قد تتضارب بعض الأعراف المحلية مما قد يعرقل عمل القاضي في البحث عن أي منها هو الأولى بالتطبيق مما قد يخلق حالة تضارب فيما بينها في أي منها تكمن مصلحة المجتمع.

و من خلال ما سبق نخلص إلى القول أن هذا الموضوع بالرغم ما توصلت إليه الدراسات القانونية و الكم الهائل من البحوث العلمية التي تناولته فإنه لم يجد لحد اليوم الجواب المقنع للمصطلحات التالية:

كالمقصود بالمبدأ، و مجال استخدامه، و مفهوم مصلحة المجتمع و كذا النظام العام، و حدود حرية التعاقد، و قيود هاته الحرية، و فيما إذا كانت هناك عقود بدون قيود في عالم اليوم، و إذا كان الأمر كذلك فإنه من الصعوبة بمكان تصنيف هاته العقود و حصرها، و بالتالي فإن مصلحة المجتمع قد لا تتنافى بالضرورة مع مبدأ سلطان الإرادة خصوصا متى كان هذا المبدأ يتسم بالتوازن و العدالة العقدية حماية للطرف الضعيف.

قائمة المراجع

أولا: المؤلفات باللغة العربية

أ. المراجع العامة

1. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى المجلد الثالث، طبعة دار الغد العربي، بدون تاريخ نشر ولا مكان نشر.
2. ابن تيمية، المجلد الرابع، طبعة دار الغد العربي، بدون تاريخ نشر و لا مكان نشر.
3. ابن منظور، لسان العرب، مادة "وزن المجلد الخامس عشر"، ط.4، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت 2005
4. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج.1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1937
5. أحمد برعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام، ج.1، العقد، بدون تاريخ و مكان نشر.
6. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963.
7. أحمد محمد يحي الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، كلية الزقازيق، دار النهضة العربية، 1993
8. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها و ضوابطها، و تطبيقاتها، ط.1، 1988، دار النهضة العربية، القاهرة
9. أحمية سليمان، قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، مطبوعة خاصة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014 -2015
10. إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، المكتبة القانونية

11. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول في أحكام العقد، الجزء الأول، أركان العقد) ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 1997.

12. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

13. بسام مجيد سلمان، أكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، بدون تاريخ نشر.

14. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري المقارن، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط/1999

15. بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، ج.1، الطبعة الثانية، مطبعة حيرد، الجزائر، 2000

16. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007

17. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994

18. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط.2، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981.

19. جابر عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة، القاهرة، 1966

20. جاك غيستانGhestin J، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 2000.

21. جاك غيستانGhestin J، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 2000

22. جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، دار و مطابع الشعب، 1964-1965.

23. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون ط1، 1970

24. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط.2، بدون دار نشر، 1995

25. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، ط.1، 1991-1992.

26. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، معهد الدراسات العربية، الإسكندرية، 1956

27. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

28. حسن كيرة، أصول القانون، مطبعة دار المعارف، 1960، القاهرة.

29. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، 1974

30. الحسين بلحساني، قانون المنافسة وحرية الأسعار بين المؤثرات الخارجية والإكراهات الداخلية، أشغال ندوة العلاقات التجارية وتنافسية المقاولات المغربي والمغاربي، طنجة 2001.

31. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004

32. حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 1986 .

33. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية في الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

34. خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق، ط.1987، دار الأمان، الرباط.

35. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج. 1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

36. رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1976
37. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري و اللبناني، ط.1، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990
38. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1984
39. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011
40. زهدي يكن، تاريخ القانون، ط.3، 1969، دار النهضة العربية، بيروت.
41. زيد قدري الترجمان، الموجز في القانون المدني، ج.1، مصدر الالتزام، ط.1992، بدون دار نشر.
42. سامي بديع منصور، وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ نشر.
43. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
44. سليمان مرقس، المدخل لدراسة القانون، بدون تاريخ و مكان نشر.
45. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة 1956
46. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول: نظرية العقد و الإرادة المنفردة، بدون تاريخ نشر أو مكان نشر، الطبعة الرابعة، 1987.
47. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، باريس، 1965
48. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
49. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990
50. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات، ج.1، طرفا الالتزام، مصر، بدون سنة طبع

51. شمس الدين أبو عبد الله، أبو بكر (ابن القيم)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج.3، مطبعة الكلية الأزهرية، ج.3، 1967

52. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد، ط.1، 1961، بدون دار طبع

53. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، بدون مكان وتاريخ نشر.

54. صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964.

55. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، "نشأة القانون وتطوره"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992- 1993.

56. عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن –دراسة تطبيقية- في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط.2005.

57. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي، القاهرة، 1993

58. عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنة"، المجلد الأول ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.

59. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك في عقود الإذعان و في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين وفقا للمادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996

60. عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط.1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1999

61. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد المدني المصري، دار النشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986

62. عبد الحليم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

63. عبد الحميد الغزالي، محاضرات في الاشتراكية، بدون دار نشر أو تاريخ نشر

64. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنته بالقانون الوضعي، مكتبة وهبة بدون تاريخ ومكان النشر.

65. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنته بالقانون الوضعي، مكتبة وهبة

66. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية و التطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، الاسكندرية، 1972.

67. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزمات، نظرية العقد، منشورات محمد الداية، 1934.

68. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، بدون تاريخ و مكان نشر.

69. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.2، 1964.

70. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ نشر.

71. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقارنا بالفقه الاسلامي وأحكام المجلة، بدون تاريخ و مكان نشر.

72. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصري، 1984.

73. عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات، ج.1، العقد، 1995، بدون مكان نشر.

74. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، نظرية العقد، الطبعة الثانية، 2005، مطبعة الكرامة، الرباط.

75. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، بدون مكان و تاريخ نشر
76. عبد المنعم البدراوي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، طبعة 1975، بدون ذكر مكان الطبع.
77. عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، بيروت، دار النهضة العربية، 1977
78. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية)، ج1، التراضي، القاهرة، 1958.
79. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992.
80. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة، 1974.
81. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، طبعة 1973، دار النهضة العربية، بيروت.
82. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج.1، المصادر، مطبعة جامعة الكويت، ط 1982.
83. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، القاهرة، 1968.
84. علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، 1952.
85. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر.
86. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.6، سنة 2005

عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني، (علاقته، حقوقه، التزامه)، مكتبة عين شمس، القاهرة 1973.

87. عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإمارتي، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط 1995، دار النهضة العربية، القاهرة
88. عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، (الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2001

89. غازي عايد الغثيان، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، جامعة مؤته، بغداد، 2005

90. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة في الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، قصر الكتاب (بدون تاريخ و مكان نشر)

91. فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

92. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977

93. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مقدمة العلوم القانونية، الكتاب الأول، القاهرة، 1992-1993

94. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مادة "وزن"، دار الفكر، بيروت 2010

95. محمد إبراهيم دسوقي، دور الإرادة في العقد، بدون دار نشر ومكان نشر، 1981.

96. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، بدون تاريخ و مكان نشر.

97. محمد أحمد سراج، نظرية العقد و التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، بدون مكان نشر، 1998

98. محمد اسماعيل علم الدين، أحكام القاعدة القانونية نظرية الحق، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ب، ط، س

99. محمد الأمراني زنطار، أحكام رضائية العقود بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1989-1990

100. محمد الشرقاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996، المنشورات الجامعية المغاربية، مراكش، المغرب.

101. محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996

102. محمد بونبات، نظرية الظروف الطارئة بين الأخذ والرد في المغرب، 1999-2000، سلسلة آفاق القانون.

103. محمد حسن منصور، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، القانون والحق، ط.1997، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.

104. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998

105. محمد حسين هيكل، جان جاك روسو، حياته، كتبه، ط.2، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1956.

106. محمد سلام مدكور، أحكام الأسرة في الإسلام، ج.1، دار النهضة العربية، ط.1967.

107. محمد شعيب المذكوري، مدخل إلى فلسفة القانون، ط.1992، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب.

108. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط.4، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

109. محمد عبد الحليم، محاضرات في الشريعة الإسلامية، موقف الفقه الإسلامي من نظرية الالتزامات، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 1975-1976

110. محمد عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون الروماني، بدون تاريخ ومكان نشر.

111. محمد عصفور، البوليس والدولة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، 1971

112. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.
113. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، الطبعة الخامسة، 1963، ج.1، بدون تاريخ و مكان نشر.
114. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، ط.1، 1996، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
115. محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون تاريخ نشر.
116. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، طبعة جامعة القاهرة، 1978.
117. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، المكتبة القانونية، بدون تاريخ نشر.
118. المختار عطار، قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، 1999، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب
119. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، الطبعة العاشرة، دمشق، 1967- 1968.
120. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج.1، ط.9، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، 1967
121. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الشتات، مصر، 2008.
122. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، منشورات بجسون الثقافية، دار المنال بيروت، لبنان، ط.1

123. مصطفى حتيتي وعبد الرحمن أسامة، النظرية العامة للالتزامات، أنواع الالتزامات، مصادر الالتزامات، طبعة 2004.

124. مصطفى سيد صفر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1998.

125. مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد محمد الجمال، القانون و المعاملات، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، 1987، بدون مكان نشر.

126. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج.1، مصادر الالتزام، ط.1، 1991، بدون مكان نشر.

127. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط 2، 1970، بدون مكان نشر.

128. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، خلاصة دروس ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، 1991، 1992. بدون مكان نشر.

129. مولاي إدريس العلوي عبد العلوي، المدخل لدراسة القانون، ج.1، نظرية القانون، ط.2، الرباط، المغرب، 1975.

130. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر

131. نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، ط.1، 1982، دار النهضة العربية، القاهرة.

132. نعمان جمعة، نظرية مصادر الالتزام، باريس، 1968، فقرة 268

133. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

134. نيرمين محمد محمود صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، بدون ناشر وبدون مكان نشر، الطبعة الأولى، 2002.
135. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المطبوعات الجامعية، 2003، الجزائر.
136. هشام فرعون، النظرية العامة في الالتزام في التشريع المغربي، ط.3، 1981، المغرب.
137. هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ط.1، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010
138. همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
139. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط 2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.
140. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي القانون المدني –دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009
141. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، الطبعة الأولى، سنة 1980، بدون مكان نشر
142. يوسف مراد، مبادئ علم النفس العام، بدون تاريخ ومكان نشر.

ب. الرسائل و المذكرات

1-أطروحات الدكتوراه:

1. أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، طرابلس، ليبيا، بدون تاريخ نشر.
2. أحمد ماهر، في سلطان الإرادة الفردية بالنسبة إلى التعديلات التي تطرأ على العقود، رسالة دكتوراه، مونبلييه، 1913.

3. أحمية سليمان، الاتفاقات الجماعية كإطار تنظيمي لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

4. تيورس محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دكتوراه كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010- 2011.

5. جلال العدوي، الإجبار القانوني على المفاوضة، دكتوراه، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965.

6. حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

7. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، دكتوراه، مطبعة مصر، جامعة القاهرة، 1949.

8. حياة ادغوغي، حدود مبدأ سلطان الإرادة في القانون الاجتماعي المغربي (علاقة الشغل الفردية)، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2002- 2003.

9. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013- 2014.

10. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دكتوراه، ط.1، 1994، بدون مكان نشر.

11. رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

12. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

13. سميرة كميلي، القانون الجنائي للشغل، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2001-2002.

14. عباس حسيني محمد، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.

15. عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

16. عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.

17. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990.

18. العربي الشاذلي، الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة و التوجه الحديث للعقد، دكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، الشق، دار البيضاء، المغرب، بدون تاريخ نشر.

19. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.

20. فاضل خديجة، عميمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015.

21. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دكتوراه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1977.

22. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

23. مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في العقد، دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، المغرب، السنة 2004- 2005.

24. محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني و المصري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1992.

25. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دكتوراه، جامعة باتنة، بدون تاريخ نشر.

26. محمدي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.

27. مهم أبو بكر، الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، الدار البيضاء، المغرب، 2004.

28. نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012- 2013.

29. هاشم عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع المصري، رسالة دكتوراه ، بدون تاريخ نشر وبدون دار نشر.

2-مذكرات الماجستير

1. إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1994-1995.

2. أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

3. أحمد وولد عبد الدايم، مظاهر انحسار مبدأ سلطان الإرادة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1997- 1998.

4. بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.

5. بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2008.

6. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012- 2013.

7. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002.

8. حشود نسيمة، الشكلية في البيع العقاري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بدون تاريخ نشر.

9. حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.

10. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الوردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ماجستير، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

11. حنان مريني، النظام العام الاقتصادي و تأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003-2004.

12. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.

13. زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

14. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

15. صداقي عمر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1984.

16. عبدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.

17. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007- 2008

18. عياد كرافلة بوبكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013.

19. مريني فاطمة الزهراء، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2010-2011.

20. مندي آسيا يسمينة، النظام العام و العقود، مذكرة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.

21. موسى نسيمة، حجية العقود المشهرة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999.

22. نسرين أبادر، حرية التعاقد، ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2010- 2011.

23. يوسف الزوجال، حرية التعاقد بين المبدأ والاستثناء، بحث لنيل دبلوم الماستر، جامعة عبد المالك السعدي المغرب، 2012- 2013.

3-دبلوم الدراسات العليا

1. البشير الدحوثي، أثر تحولات الاقتصادية على العقد، دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الدار البيضاء، المغرب، 2003-2004.

2. زهير ظريف، حدود سلطة القاضي في عقود الإذعان في القانون المغربي و المقارن، دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2002-2003.

3. محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، الرباط، المغرب، 1983.

ج. المقالات

1. ابراهيم أبو النجا، أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، مقال بمجلة الشرطة، العدد 38، أكتوبر، 1988، المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر.

2. آدم أبكر صافي النور، انتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مقال بمجلة العدل رقم 19، سنة الثامنة، كلية القانون، جامعة الوطني، المغرب.

3. أمازوز لطيفة، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 03 لسنة 2009.

4. أمينة ناعمي، حقوق الامتياز في مسطرة صعوبات المقاولة، مقال، مجلة القصر، العدد السادس، السنة 2003، المغرب

5. رمضان محمد عبد المعطى، حرية التعاقد في الفقه الإسلامي، بحث في الفقه الإسلامي، مقدم لدى كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه علم، ماليزيا، ص.1، بدون تاريخ نشر.

6. سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، مقال بمجلة المحاماة، العددان الثالث و الرابع، مارس، أفريل، السنة الثامنة و الستون، تصدرها عن نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية.

7. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، 2001.

8. سيد صبري، نظرية التضامن الاجتماعي، مقال، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، سنة 2000.

9. الصادق ضريفي، اختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف عند تكوين العلاقة العقدية، مقال منشور بمجلة "معارف- مجلة علمية محكمة"، قسم 1، السنة السابعة، العدد 13، ديسمبر 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة.

10. عبد السلام الترمانيني، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري مقارنة مع قوانين البلاد العربية، مقال بمجلة المحاماة، العدد السادس، سنة 1960.

11. عبد الهادي يونس، ماهية الحق في القانون الخاص، مقال بمجلة القانون و الاقتصاد، العدد الثاني، يونيو 1964، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

12. عبد الهادي يونس، ماهية الحق في القانون الخاص، مقال، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، يونيه سنة 1964، جامعة القاهرة.

13. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد و تطبيقها في القانون العراقي، مقال بمجلة القانون المقارن، العدد 13، السنة التاسعة، بغداد، 1981.

14. علي حسين نجيدة، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، 1985، مطبعة عبير.

15. فيصل نسيغة، فكرة النظام العام، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة خيضر، بسكرة.

16. ليلى عبد الله سعد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مقال بمجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة 6، العدد 4.

17. محمد الشحات الجندي، شمولية الشريعة الإسلامية واستجابة أحكامها وقواعدها للتطور الحضاري، مقال منشور في مجلة روح القوانين مجلة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة طنطا، مصر، العدد الأول، 1989،

18. محمد زكي عبد البر، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مقال بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثاني، ابريل يونيو 1964، مطابع البلاغ

19. محمد صديق محمد عبد الله أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مقال بمجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 2016.

20. محمد وحيد الدين سوار، سلطة القاضي في تعديل العقود، مقال بمجلة نقابة المحامين، عمان، 1992، العدد 03/01.

21. محمدي فريدة، التوازن في العلاقات التجارية طبقا للمرسوم التشريعي 03/93، و نموذج عقد الإيجار، مقال منشور بمجلة جزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية، و السياسية، الجزء 42، رقم 02، سنة 2000.

22. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مقال بمجلة القانون و الاقتصاد، السنة 30، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

23. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود و مدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مقال بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية عدد 01 و 02، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1989.

24. مقال صحفي حول النظام العام، جريدة الخبر اليومي بتاريخ 18 أوت 2016، العدد 8244.

25. يعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مقال بمجلة الدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، سنة 2008.

د. النصوص القانونية و التنظيمية

1.الدستور الجزائري الصادر بالقانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016.

2.القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم لا سيما بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 و القانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

3.قانون العقوبات الصادر بالأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل و المتمم لا سيما بالقانون رقم 02/16 المؤرخ في 19 يونيو 2016.

4.القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

5.القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

6.القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون 06/10.

7.القانون 11/90 يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم بالقانون 29/91 و كذا المرسوم التشريعي 03/94 و المرسوم التشريعي 09/94 و الأمر رقم 21/96 و كذا الأمر رقم 02/97 و الأمر 03/97.

8.القانون 10/81 المؤرخ في 11 يوليو 1981 الخاص بشروط كيفيات اللجوء إلى اليد العاملة الأجنبية.

9.القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك و قمع الغش و المراسيم المتعلقة به و الملغى بأحكام القانون 03/09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

10. القانون 25/90 يتضمن التوجيه العقاري.

11. القانون 02/78 المتضمن احتكار الدولة للتجارة الخارجية.

12. القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري المعدل و المتمم بالقانون 14/91 و كذلك بالأمر 07/96.

13. القانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق.

14. القانون 08/04 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

15. القانون 19/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بتنصيب العمال و مراقبة التشغيل.

16. القانون 03/90 الصادر في 06 فبراير 1990 يتعلق بمفتشية العمل المعدل و المتمم بالأمر 11/96.

17. القانون 21/06 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 يتعلق بالتدابير التشجيعية لدعم و ترقية التشغيل.

18. القانون 04/90 المؤرخ في 06 نوفمبر 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل و ممارسة حق الإضراب المعدل بالقانون 28/91.

19. القانون 12/78 المتضمن القانون الأساسي العام للعمال.

20. القانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب.

21. القانون رقم 14/90 المؤرخ في 02 يونيو 1990، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي المعدل و المتمم بالقانون 30/91 المؤرخ في 31 ديسمبر 1991، و الأمر رقم 12/96 المؤرخ في 10 يونيو 1996.

هـ. المراسيم

1.المرسوم التنفيذي 245/94 يتضمن تحديد تعريفات الكهرباء و الغاز.

2.المرسوم التنفيذي 246/94 يتضمن تصنيف المنتوجات و الخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة.

3.المرسوم التنفيذي 95/94 يتضمن تصنيف المنتوجات و الخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة.

4.المرسوم التنفيذي 96/94 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار.

5.المرسوم التنفيذي 119/95 المتضمن السلع و الخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة.

6.المرسوم التنفيذي 31/96 المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع و الخدمات الاستراتيجية.

7.المرسوم التنفيذي 32/96 يتضمن تحديد الربح عند إنتاج بعض المنتوجات الاستراتيجية و في مختلف مراحل توزيعها.

8.المرسوم التنفيذي 33/96 يتضمن تحديد سعر البيع عند دخول النفط الخام إلى المصفاة و عند الخروج منها.

9.المرسوم التنفيذي 34/96 يتضمن تحديد أسعار المنتوجات البترولية.

10. المرسوم التنفيذي 35/96 يتضمن تحيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات و الهيئات التابعة لها.

11. المرسوم التنفيذي 36/96 يتضمن تحديد أسعار الدقيق و الخبز في مختلف مراحل التوزيع.

12. المرسوم التنفيذي 37/96 يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر الموضب عند إنتاجه و في مختلف مراحل التوزيع.

13. المرسوم التنفيذي 38/96 يتضمن تعريفة نقل المسافرين و البضائع التي تقوم بها الشركة الوطنية للنقل للسكك الحديدية.

14. المرسوم التنفيذي 39/96 يتضمن تعريفة نقل الركاب برا.

15. المرسوم التنفيذي رقم 473/97 المؤرخ في 08 ديسمبر 1997 يتعلق بالعمل بالتوقيت الجزئي.

16. المرسوم التنفيذي 306/06 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية و المعدل بالمرسوم التنفيذي 44/08.

17. المرسوم التشريعي 03/93 يتعلق بنموذج عقد الإيجار.

18. المرسوم التشريعي 85/63 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب و حيازة و صنع الأسلحة و الذخائر و المتفجرات.

19. المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

20. المرسوم الرئاسي رقم 407/11 المؤرخ في 29 نوفمبر 2011 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون.

21. المرسوم الرئاسي 392/2000 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 المتعلق بالحد الأدنى للأجر المضمون.

و. الأوامر

1.الأمر 03/97 المؤرخ في 11 يناير 1997 الذي يحدد المدة القانونية للعمل.

2.الأمر 15/74 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار.

3.الأمر 03/01 يتعلق بتطوير الاستثمار.

4.الأمر 03/03 يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم بالقانون 12/08 و بالقانون 05/10.

5.الأمر 07/95 يتعلق بالتأمينات.

6.الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

ي. القرارات القضائية

1.قرار المحكمة العليا (الغرفة الاجتماعية) المؤرخ في 1990/06/13 الملف رقم 61486.

2.قرار المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية بتاريخ 2001/02/14 الملف رقم 214256.

3.قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1982/03/17 (الغرفة المدنية) الملف رقم 23156.

4.قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية و البحرية بتاريخ 1999/12/07 ملف رقم 203162.

5.قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 1987/04/12 قضية رقم 43098.

6.قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 1988/11/14رقم 49339.

7.قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 2001/01/17 القضية رقم 233625.

8.قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 2001/06/20 ملف رقم 249694.

9.قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) المؤرخ في 1982/05/08 ملف رقم 25642.

10. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 1990/10/21 ملف رقم 68467.

11. قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) بتاريخ 1990/10/17 ملف رقم 63219.

12. قرار المحكمة العليا(الغرفة المدنية) بتاريخ 1989/01/02 ملف رقم 52207.

13. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية) بتاريخ 1985/11/02 ملف رقم 34850.

14. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية و البحرية) بتاريخ 1993/12/20 ملف رقم 111220.

15. قرار المجلس الأعلى (الغرفة التجارية و البحرية) بتاريخ 1985/06/01 ملف رقم 31671.

16. قرار المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) بتاريخ 1989/12/20 ملف رقم 63982.

17. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 1990/06/13 ملف رقم 61489.

18. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية و البحرية) بتاريخ 1991/06/30 ملف رقم 79847.

19. قرار المحكمة العليا (الغرفة الاجتماعية) بتاريخ 1993/11/24 ملف رقم 101448.

20. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية و البحرية) بتاريخ 1997/01/07 ملف رقم 147422.

21. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية و البحرية) بتاريخ 1994/01/10 ملف رقم 128623.

22. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 1992/06/16 ملف رقم 78387.

23. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 1997/06/18 ملف رقم 144112.

24. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية و البحرية) بتاريخ 1998/02/17 ملف رقم 160246.

25. قرار المحكمة العليا (الغرفة الاجتماعية) بتاريخ 2002/10/16 ملف رقم 242693.

26. قرار المحكمة العليا (الغرفة الجزائية) المؤرخ في 1980/02/08 ملف رقم 26766.

27. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) المؤرخ في 1985/04/03 ملف رقم 33528.

28. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) المؤرخ في 1983/02/07 ملف رقم 29500.

29. قرار المحكمة العليا (الغرفة التجارية و البحرية) المؤرخ في 1999/12/07 ملف رقم 203162.

ثانيا: المؤلفات باللغة الفرنسية

A. Les ouvrages

1. (Marie-Anne), la justice, l'obligation impossible édition autrement, 1995

2. A. Weill et F. Terré, droit civil, les obligations, 2ème édition, Dalloz, 1975

3. A.Benabent, droit civil, les obligations 6eme ed, montchrestien, Paris, 1997

4. Bernard Paul, la notion d'ordre public en droit administratif, Montpelier, 1959

5. Beudant (Charles), le droit individuel et l'Etat, Paris, 1891,

6. BRIMO,A les grands courants de la philosophie du droit et d'L'ETAT, Paris, Pedone, 1968

7. Brissaud : Manuel d'histoire du droit privé, Paris 1908

8. Capitant (H) : De la cause des obligations, Paris, 1923

CAPITANT (h) ; introduction du droit civil, n°.67, p.60. Cité par malaurie (ph) ; les contrats contraire à l'ordre public étude de droit civil comparé ; France Angleterre, U R S S , édition matotbraine, reins, 1953, n° 2

9. CARBONNIER (J) flexible de droit, 1976

10. Carbonnier (J), droit civil, les biens et les obligations, ed, presses universitaires de France, themis droit

11. Carbonnier (J), Flexible droit 7ème édition, L.G.D.J, 1992,

12. CORNU (Gerard), vocabulaire juridique, association, Henri Capitant, 3e édition, PUF, quadrige, 2002

13. Daniel Gutman, droit international privé, paris, Dalloz, 1999

14. Darmaisin Stéphane, le contrat moral, L.G.D.J, paris imprimé au Liban par édition delta,2000,n°224

15. démogue (R): traité des obligations T3, 1931 n°3, cité par thibiergeGuelfucci (cat): libres propos sur la transformation du droit des contrats, in RTD civ n°2. 1997 n°2

16. DOMAT : « Lois civiles, Part. 1, L.T, S.2.2

17. DUPUY (Jean Pierre), Les affaires soultes affaires in baranes (william), frison, roche (Marie-Anne), la justice, l'obligation impossible édition autrement, 1995

18. Durmand, Histoire de droit canonique, Dijon, 1770.

19. Elittre : Dictionnaire de la langue française

20. EUGENE Gaudemet: Théorie générale des obligations, Sirey, 1965

21. FARJAT (G), l'ordre public économique, L.G.D.J, 1963, n°69.

22. FINNIS, natural law and natural rights, oxford, clarendon press, 1980.

23. FLOUR et AUBERT, Droit civil, les obligations, vol.1, l'acte juridique, 1975, no 105

24. Gaston May : Eléments de droit romain, 9ed, Paris, 1907

25. GerardFarjat, L'ordre public économique, L. G. D. J, Paris, 1963

26. GHESTIN (J) traité de droit civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J, n° 182

27. Ghestin (j), la formation du contrat, 3éme édition, L. G. D. J , 1993, no. 52

28. Ghestin (J), la notion du contrat en droits, n°12

29. Ghestin (J), traité de droit civil, le contrat, la formation, 3 édition, 1993, n°174

30. Ghestin(J), La notion d'erreur dans le droit, Paris, 2ème édition, 1963, L.G.D.J. 1971 , n° 337

31. Ghestin(j) l'évolution du droit français des contrats et l'économie, Edition, cujas, 2002

32. GhestinJ., l'utile et le juste dans les contrats, dalloz, 1982.

33. GHESTINJ., Traite de droit civil, les obligations, vol.1 le contrat, 1980,

34. HEARNSHAW J.C., the social and political ideas of some great thinkers of the 16 and 17 centuries, New York, 1949

35. HENRI SEE, Les origines du capitalisme moderne, 3e édition, Paris, 1936

36. HENRY DEGUILLEM, la socialisation du contrat, étude de sociologie juridique, université de paris, 1944

37. J. GHESTIN le contrat, formation, 1988, n° 728,

38. J.Ghestin, " la notion de contrat "Dalloz, vol.2, 1990, chron, 27

39. JACQUES dangelot, l'invention du social essai sur le déclin des possions politiques, librairie arthéme fayard, paris, 1984.

40. Jean François Romains, l'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme, l'ordre public concept et application, volume 3 Bruylant Bruxelles, 1995

41. Jean Hauser, ordre public et bonnes mœurs, Bordeaux, Dalloz, 1975

42. Jestaz (ph): l'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945. In l'évolution contemporain du droit des contrats. Journées René savetier. poitier. 24-25 Octobre 1985 P.U.F 1986, 117 et sui.

43. Johannes Teutoncius, Geffredus de Trano, Bernard de Parme, Hostiensis, Vincent De Beauvais, Hostiensis, Guillaume Durand.

44. JOSEPH RAMBAUD, Histoire des doctrines économique, Paris, 1902.

45. KULLMANN (J), ''L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé''. Th. Paris 1, 1987. DRAPIER (S), ''Réflexion sur la légitimité des lois de validation en matière contractuelle'', PA, 9 Février 2001, no

46. Laurent Leveneur du contrat, droit et patrimoine, no 58, Mars 1998
47. Le pointe et Monnier : Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, 1954.
48. Lèvy (Jean –Phillippe) Castaldo (A) ; Histoir du droit civil, dalloz, 2002, no, 542
49. Malaurice (ph) les contrats contraire à l'ordre public, de droit civil comparé, France Angleterre (U.R.S.S) édition matot-brain, reins, 1953, n° 2
50. Malaurice, l'ordre publique et l'office du juge, note sous cass civ 18 mars 1955, D 1956
51. MALAURIE PH, aynes et Stofflet, MUNCK, droit civil des obligations, défrenois, Paris 02, édition, 2005,
52. MEKKI Mustapha, L'intérêt général et le contrat, contribution de la hiérarchie des intérêts en droit privé, ed L. G. D. J. Delta, Paris, Beyrouth, 2004
53. Mestre(J) : l'évolution du contrat en droit français in l'évolution contemporain du droit des contrats 41 et spec
54. Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1948, T.II, nos
55. Morin (caston) : La Loi et Le Contrat, la décadence de leur souveraineté, Paris , 1927
56. Ottenhof (Reynold), le droit pénal et la formation du contrat civil, L.G.D.J 1970, n° 119
57. PASQUIERC.DU, introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Paris, 1948
58. Paul Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTD, Civ n°2, 1944

59. Perelman (Chaim) : Ethique et droit, éditions de l'université de Bruxelles, 1990

60. Petit (Eugene) : Traité élémentaire de droit romain, 6ed, Paris, 1909,

61. Pharo (Patrick) les fondements non contractueles du contrat in erbés, (serguin)(s), le contrat et abus d'une notion, dexlée de brower, 1999

62. Philippe Malaurie et LaurantAynes, cours de droit les obligations édition cujas, 1990

63. Phippe (denis m), Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, 1986

64. PiereBourel, droit international privé, 4 eme édition, 1993

65. Planiol(M) et Ripert(G), traité pratique de droit civil français, tome 6 obligations 1ère partie par (P) Esmein. 2ème édition. L.G.D.J, Paris, 1952

66. Planiol, Traite élémentaire de droit civil, tome 2, 10ème édition, L.G.D.J. 1932, n°871

67. PRELOT. M., histoire de la pensée politique, Paris, Dalloz, 1966.

68. RANOUIL.V., l'autonomie du la volonté, naissance et évolution d'un concept, 1eed, 4e trimestre, presse universitaire de France, 1980

69. Remy (ph) : droit des contrats: questions, positions, propositions in le droit contemporain des contrats bilan et perspectives, séminaire de l'année 1985-1986 de l'université de Rennu. Economica 1987

70. René Savatier, les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris librairie, Dalloz, 2ème édition, 1952

71. René Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui, 3ème édition, Dalloz, Paris, 1964

72. RénéChapus, droit administratif générale, tom. 1 édition 14

73. RIPERT (Georges) : La règle morale dans les obligations civiles, 4e éditions, L.G.D.J, Paris, 1949

74. Ripert(G) : La règle morale dans les obligations civils, Paris, 1935.

75. Ripert(G). Boulanger(J). Traité de droit civil, Tome II. (L.G.D.J), Paris, 1957

76. ROMMEN, "Le droit naturel, Histoire de doctrine", Paris, Egloff, 1945.

77. ROMMENH., « Le droit naturel, histoire de doctrine », Paris EGLOFF, 1945

78. Roubier (p) le rôle de la volonté dans la création des droit et des devoirs, in A .P D, 1957,

79. ROUBIER .P. Théorie général du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2 éd, 1951

80. Savatier (R), L'ordre public économique, D.1965, Ch.37

81. Savaux (Eric), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? L. G. D. J, 1997, n° 241, note, 187

82. Seriaux (A), droit des obligations, collection droit fondamental, P.U.F. , 1992

83. Serra (Yves), le droit français de la concurrence, Dalloz, 1993

84. Sève (R.) : Justice distributive, in encyclopédie philosophique universelle. Les notior philosophiques, dictionnaire, 1er édition P.U.F, 1990.

85. STARCK (Boris) : Droit civil, obligations - 2- 2ème édition par ROLAND et BOYER, Litec, Paris, 1986, no 6

86. Strack (Boris), introduction au droit, par Reland, (H) , Boyer (L) Litec, 1991, n° 144

87. TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LE QUETTE (Yves) : Droit civil, Les obligations, 6e édition, Dalloz, 1996

88. TRIGEAUD,J.M. humanisme de la liberté et philosophie de la justice, Bordeaux, T.2, 1992

89. Vacant . dictionnaire de la théologie, Paris, 1899

90. VASSEUR (M), un nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, in RTD civ, 1964

91. Villey (Michel) : leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962

92. VINCENT A., la notion moderne de droit naturel et le volontarisme, A.P.D, 1961.

93. WEISS, traité théorique de droit international privé, Francescakis in encyclopédie, 1921

B. Thèses et mémoires

1. Alexandre Braud, contribution de la socialisation du droit des contrats, thèse de doctorat, Université Lille 2, 2001.

2. ANDRE BARREYRE, l'évolution et la crise du contrat, thèse université de Bordeaux, 1937,

3. Benslimen née Hadj MOKHTAR Leila, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuel algérienne, Magister, Oran, 1983.

4. Denis Berthian, le principe d'égalité et le droit civil des contrats, thèse, université panthéon assas, volume 1.

5. DRAPIER (S), ‘’Réflexion sur la légitimité des lois de validation en matière contractuelle’’, PA, 9 Février 2001, no 29.

6. DURAND Brice, la publicisation du droit privé, mémoire de DEA, université Panthéon-Assas (Paris II), 2001.

7. Fadila MOULAI- Khatir, le principe e l’autonomie de la volonté dans les contrats face aux nouvelles données socio-économiques et juridiques, thèse pour le doctorat d’état en droit privée, faculté des sciences juridiques université de Rennes, 1985.

8. Fathi Abderrahim Abdallah, les aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils, études comparative, thèse, le Caire, 1974

9. G.ROUHETTE, Contribution à l’étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, n°176.

10. Gounot (Emanuel) : Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé, thèse, Paris, 1912.

11. Henry Deguillem, la socialisation du contrat, étude sociologie juridique, thèse, université de paris, 1944.

12. KULLMANN (J), ‘’L’influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé’’. Th. Paris 1.1987.

13. LAHLOU KhiarGhenima, le droit de l’indemnation entre responsabilité et réparation systématique, thèse de doctorat, université d’Alger, 2005.

14. Laurence Fin-Langer, L’équilibre contractuelle, thèse, université d’Orléans, 2001.

15. MagdiSobhy Khalil, Le Dirigisme économique et les contrats, étude de Droit comparé, France-Egypt-U.R.S.S, Thèse de doctorat, Université de Paris, 1966.

16. Malaurie (Ph) les contrats contraire à l'ordre public (étude de droit civil comparé) : France, Angleterre thèse (U.R.S.S.) édition matot-braine, Reims, 1993.

17. MALVILLE ARNAUD, (ADREE –JEAN) les origines doctrinales de code civil français, thèse paris, 1977, 1978

18. OULHAZI Rafik, le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat, thèse, université Robert Schuman de Strasbourg, 1997.

19. Philippe Malaurie, l'ordre public, thèse, Paris, 1953.

20. Ranouil (Véronique) : L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, thèse, Paris

21. ROUBERT.G., contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965-1966, n° 176,

22. Tison (R.), le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français (étude en droit interne), thèse, Paris, 1931

23. V. Abdul Majid Al Hakim, le rôle de la cause dans la formation de contrat en droit comparé, thèse, Paris, 1957.

C. les articles

1. JEAN Fabien Spitz, qui dit contractuel dit juste, quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, RTDC, Avril/Juin 2007.

2. LUCHAIRE (F) : Les fondements constitutionnels du droit civil, Rev. trim. dr. civ. 1982

3. RANOUIL .V., l'autonomie du la volonté, naissance et évolution d'un concept, 1^{e}ed, 4^{e} trimestre, presse universitaire de France, 1980.

4. Revue Critique, droit international privé, p 4, 1993.

5. TERRE- FORNACCIARI (D) : L'autonomie de la volonté, Rev. Sc. Morales et politiques, 1995.

الملخصات:

1-الملخص باللغة العربية

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة هو الركيزة الأساسية التي تبنى عليها التصرفات القانونية بين الأفراد والتي تمثل شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا المبدأ لم يعد يحتفظ بتلك الصورة التي نشأ عليها في أواخر القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر.

لقد انحسر المبدأ شيئا فشيئا وتهاوت الأسس التي قام عليها لدى بروزه، ولقد كان ذلك بفعل عوامل متعددة، أهمها الأسس الاجتماعية والاقتصادية التي أصبحت تحد من المبدأ بشكل كبير، لقد تراجع المبدأ بفعل مجموعة من القيود أهمهما النظام العام والذي توسع مفهومه ليشمل مجالات متعددة كالنظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي إلخ.

إلى جانب ذلك كان لتدخل المشرع الدور البارز في الحد من الحرية التعاقدية لاعتبارات اجتماعية واقتصادية مختلفة، كما أن للقاضي هو أيضا سلطة الحد من المبدأ، هذه السلطة التي منحها إياه المشرع من أجل التدخل في العلاقة العقدية سواء لدى انعقاد العقد مثل تفسير العقد وتكييفه أو تعديل الشروط التعسفية، أو لدى تنفيذ العقد كما في نظرية الظروف الطارئة وفي تعديل الشرط الجزائي، وكما في وقف تنفيذ العقد، وقد تتسع سلطة القاضي لتشمل أيضا انقاص العقد وتحوله، وبالتالي أصبحت هذه القيود هي المبدأ والحرية هي الاستثناء، إن الغرض من كل ذلك ليس إزالة اللاتوازن في العلاقة العقدية فحسب بل هو الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المجتمع أيضا و هذا هو الأهم.

2-الملخص باللغة الفرنسية:

Le principe de l'autonomie de la volonté est le fondement essentiel sur le quelle bâtir les transactions entre les particuliers le contrat droit survivre dans les meilleurs conditions possible car il est l'expression tout autant que l'instruments d'une liberté de l'individu considère comme fondamentale .

Mais après une période de temps et l'émergence de la doctrine du développements sociale et économique qui a touché divers domaines et grâce aux critique dirigées contre lui les contrats doivent être légalement formes dans un cadre qui ne déroge pas l'ordre public et aux bonnes mœurs mais dans ce cadre restreint, l'autonomie de la volonté n'a pu situation d'équilibre visé bien au contraire avec l'évaluation des rapports économique et sociaux l'autonomie de la volonté c'est souvent exercée a l'encontre des intérêts de certaines contractants faible La pratique l'a connu un essor particulier en cette fin du XXe siècle.

A partir du moment où un principe juridique ne remplit plus d'aucune utilité et que par conséquent, il faut soit le supprime soit le réaménager c'est cette dernière solution qu'à choisir le législateur et ce que certain autonome déclin du l'autonomie de la volonté est en réalité une résurrection du principe qui lui permet encore d'être de nouveau réellement fonctionnel.

Les impératifs économiques et sociaux sont souvent à la base de modifications qui incitent le législateur a intervenir directement sur le contenu des conventions.

L'intervention de la loi soit normes impérative ou ce que lui donne le juge du pouvoir discrétionnaire dans ce domaine à partir titulaire du contrat de mettre en œuvre, ou il a obtenu le pouvoir d'interpréter le contrat et d'adaptées pour compléter les obligations résultant et modifier le contrat en session et le pouvoir de modifier le contrat de circonstance d'urgence et réduire le clause de pénalité et l'examen des effets de retombes de mensonge.

3-الملخص باللغة الانجليزية:

This study deals with the theory of the autonomy of will and the limits which may be imposed upon its freedom and its binding force .

Among these limits laws and regulations which give the importance of the interests of society before the interests of the individuals. This is to prevent contractors from agreeing or contracting in violation of public order or public morals or against the requirements of the economic plan or the general direction of society.

For this purpose legislator may impose restrictions on contractual will either before concluding the contract or after that in order to limit such freedom to respect justice and achieve legal equality.

In addition to that legislator authorizes the judge to interpret, complement modify or amend arbitrary conditions and obligations in order to restore economic balance between the contractors and to achieve the benefit of the society.

الفهرس: